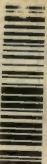
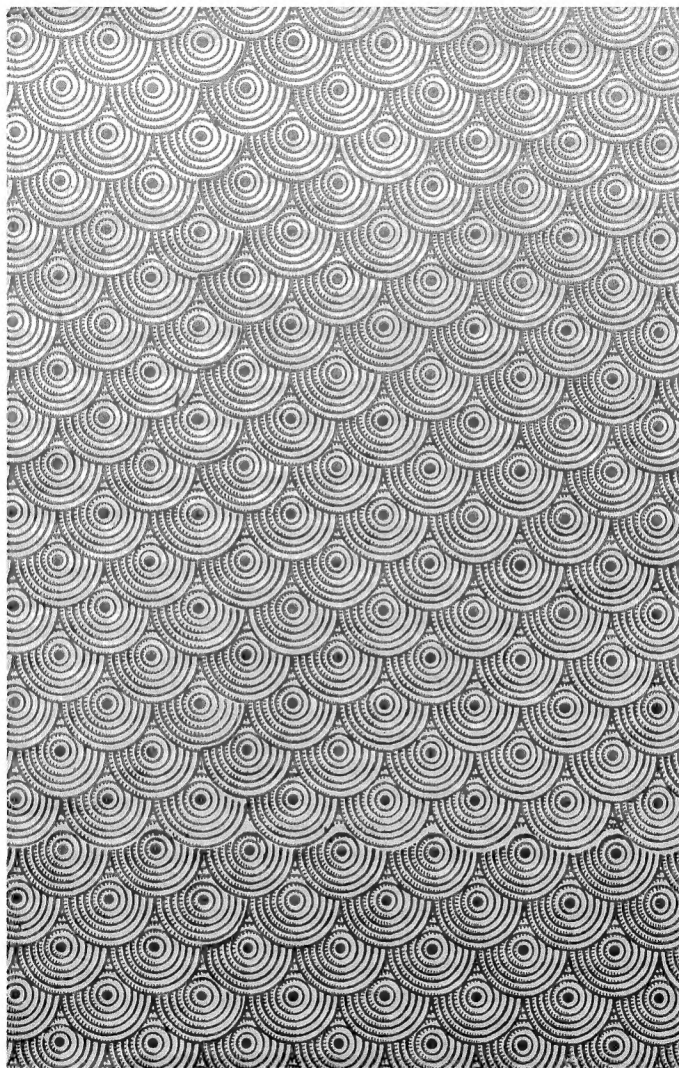
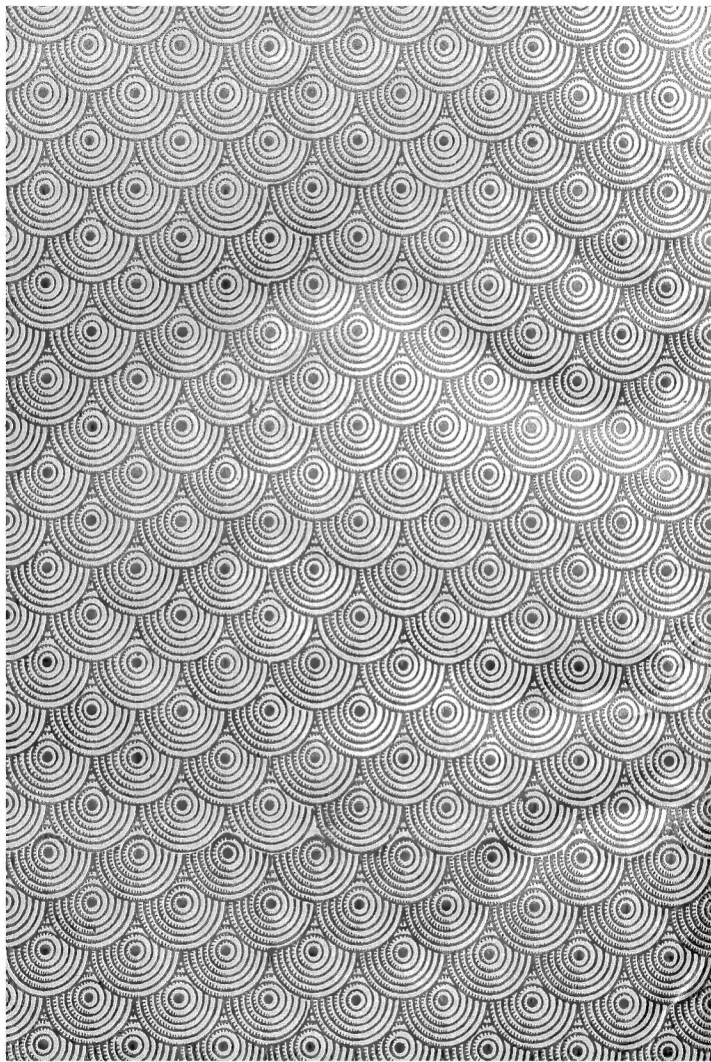


8 Bibliotheca Alexandrina



0203378





الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي

الأستاذ بكلية الحقوق جامعة القاهرة

والقائم أمام محكمة النقض ومجلس الدولة

بسم الله الرحمن الرحيم

يد الله في يدى

دروس

أحكام التزوير

مطبعة النهضة المصرية

القاهرة - القاهرة

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

١ - تنقسم الحقوق المالية بصفة أساسية إلى حقوق شخصية وأخرى عينية^(١). وهذا هو التقسيم الجوهرى الذى يقوم عليه قانوننا المدنى، والذى اتخذته مجموعته منهاجاً لها فى بيان أحكامه^(٢).

والحق العينى سلطة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته يكون له بمقتضاها أن يفيد منه مباشرة ، فى حدود معينه رسمها القانون . والميزة الأساسية التى يتسم بها هذا الحق هى أن صاحبه يفيد من الشيء الذى يرد عليه بطريقة مباشرة ، أى بدون وساطة أحد . فلا يطلب من غير صاحبه أكثر من الامتثال للواجب العام المفروض على الكافة بالامتناع عن التعرض له فى إفادته من شئته^(٣) . وهكذا لا يظهر فى الحق العينى إلا صاحبه والشيء أو العين التى يرد عليها . ومن هنا جاء نعته بالحق العينى .

أما الحق الشخصى ، فهو سلطة يقررها القانون لشخص معين يسمى الدائن قبل شخص آخر يسمى المدين ، وبمقتضاها يلتزم الثانى بأن يؤدى لصالح الأول عملاً معيناً أو أن يمتنع عن أداء عمل معين . فالحق الشخصى ، بخلاف الحق العينى ، لا يرد على شيء مابدى ، إذ أن موضوعه هو عمل إيجابى

(١) وإلى جانب هذين النوعين من الحقوق المالية ، يوجد نوع ثالث منها لا يتناسب معها البتة فى الأهمية ، وهو ذاك الذى ينتظم الحقوق التى ترد على ما يسميه ثمرة الخاطر والقرعة ، والتي يطلق عليها الحقوق المنسوبة أو الذهبية ، كحق المؤلف على مؤلفه وحق اللحن على لحنه والمخترع على اختراعه .

(٢) فبعد أن تضمنت المجموعة المدنية ، فى باب تمهيدى ، القواعد القانونية العامة التى من شأنها أن تسرى بالنسبة إلى كل فروع القانون ، انشطرت قسمين : يحوى أولهما الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، ويتنظم ثانيهما الحقوق العينية .

(٣) أنظر مؤلفنا « نظرية الحق » نبذة ١٥ .

أو سلبى يقوم به شخص معين ، هو المدين به . من هنا جاءت تسميته بالحق الشخصى . وهى تسمية ثابتة له من قديم ، وللرومان فضل الإيجاء بها ^(١) .

وإذا كان موضوع الحق الشخصى هو عمل إيجابى أو سلبى يقوم به المدين ، برزت لنا أهمية الدور الذى يؤديه هذا الأخير . ففى حين أن مهمة الدائن تكاد تقتصر على المطالبة بحقه واقتضائه ، نجد العبء على المدين باهظاً ثقيلاً . فهو الذى يؤدى العمل المطلوب . وهو الذى يتحمل المسؤولية ، إن لم يؤده . ومن هنا جرت العادة من قديم على أن ينظر إلى الحق الشخصى من زاوية المدين ، أكثر من النظر إليه من زاوية الدائن . وهذا ما جعلنا نرى فى هذا الحق واجباً أو التزاماً يتقل كاهل الأول أكثر من تضمنه ميزة للثانى . من أجل ذلك درج استعمال اصطلاحى « الحق الشخصى » و « الالتزام » كرادفين ^(٢) ، بل غلب استعمال الاصطلاح الأخير ^(٣) .

٢ — ولا يتناول هذا المؤلف دراسة الحقوق العينية ، فوضعه مقصور على الحقوق الشخصية أو الالتزامات . بل إنه لا يتناول كل ما يتعلق بالالتزامات من أمور . فهو يجتزئ منها بأحكامها دون مصادرها .

ويقصد بأحكام الالتزام ، التى تتناول دراستها فى هذا المؤلف ، القواعد التى يخضع لها الالتزام بعد أن يتم ميلاده . فلكى ينشأ الالتزام ، لا بد أن يوجد سبب يخلق ، أو مصدر ينبع منه . ولا شأن لنا هنا بأسباب نشأة الالتزام

(١) لم يخلف الرومان صراحة على الحق الذى نحن بصده اسم « الحق الشخصى » . ولكنهم أطلقوا على الدعوى التى كانت يلجأ إليها صاحبه لاقضاءه اسم « الدعوى الشخصية » *Actio in Personam* . وعلى مر الأيام ، استمد الحق اسمه من اسم الدعوى التى تخيمه ، فأطلق عليه « الحق الشخصى » . وقد ساعد على رسوخ هذا الاصطلاح فى لغة القانون قيام التقابل على أحسن ما يكون بينه وبين اصطلاح « الحق العيني » الذى أريد به التعبير عن حق الشخص فى الشيء أو العين . أنظر فى هذا المعنى *Planiol et Ripert, Traité élémentaire* ج ١ . بند ٢٥٩٧ .

(٢) وهذا ما دعا مفرغتا إلى أن يطلق على القسم الأول من المجموعة المدنية اسم « الالتزامات أو الحقوق الشخصية »

(٣) أنظر فى هذا مؤلفنا ، نظرية الحق ، بنده ٢٧ .

أو مصادره . وإنما تقتصر دراستنا على تناول الالتزام بعد تمام ميلاده ،
فنتبعه في حياته ، لنحدد ما يلقاه فيها .

٣ - وإذا أردنا أن نتعقب الالتزام في حياته ، لنرى ما عساه أن يلقاه
فيها ؛ وبعبارة أخرى ، إذا أردنا أن ندين « أحكام الالتزام » ، وجدناه
ينتج آثاراً معينة يلزمنا البدء بتحديدّها . وآثار الالتزام ليست دائماً واحدة ؛
فقد يعترها بعض التعديل والتغيير نتيجة أوصاف معينة تلحقه ؛ وهذا
ما يجعلنا نثني بدراسة تلك الأوصاف . والالتزام ليس ثابتاً دواماً بين طرفيه ؛
فقد ينتقل من الدائن إلى غيره ، أو حتى من المدين إلى غيره ؛ وهذا ما يؤدي
بنا إلى دراسة انتقال الالتزام ، بعد الفراغ من تحديد آثاره وأوصافه .
ثم تحيى نهاية الالتزام ؛ فهو ليس مؤبداً ؛ فلا بد أن يموت يوماً ؛ وهذا
ما يحتم علينا دراسته في موته أو في إنقضائه . يبقى هناك موضوع أخير نختم
به دراستنا ، وهو ذلك المتعلق بآثار الالتزام ؛ على اعتبار أن هذا الموضوع ،
وإن تعلق أصلاً بالالتزام في نشأته ، إلا أنه يتناوله أيضاً في حياته وفي
انقضائه ، فلا يتنافى مع المنطق أن نعرض له بعد أن نكون قد انتهينا
من بيان كل ما تعلق بالالتزام ، نشأة وحياة وانقضاء .

هكذا يرسم أمامنا منهاج البحث . وهو يقوم على أبواب خمسة : يتناول
أولها آثار الالتزام ؛ ويعالج ثانيهما أوصافه ؛ ويختص الثالث بانتقاله ؛
ويتضمن الرابع انقضائه ؛ وينتظم الباب الخامس والآخر إثباته . وهذا
هو نفس المنهاج الذي اتبعته المجموعة المدنية في بيانها أحكام الالتزام .

الباب الأول

آثار الالتزام

٤ - القاعدة أن الالتزام ، إذا ما نشأ ، أنتج أثره . ويتركز أثر الالتزام في تنفيذه ^(١) . ويتم تنفيذه بأداء موضوعه ، أى بالقيام بالعمل أو الامتناع عن العمل الذى يفرضه الالتزام على المدين .

وأداء المدين ما يفرضه عليه الالتزام ، أى تنفيذه ، واجب بقرره عليه القانون . ومن ناحية أخرى ، فالمدين مسئول ، كقاعدة عامة ، عن هذا الأداء ، بمعنى أنه يجبر عليه ، إن لم يقم به طوعاً واختياراً . وهكذا فالأصل أن الالتزام يحوى العنصرين الآتيين :

١ - تحمل المدين بالالتزام . فالالتزام يثقل بالضرورة كاهل المدين ، ويوجب عليه بالتالى أدائه . وهذا هو عنصر الوجوب ، أو عنصر المديونية . Schuld .

٢ - مسئولية المدين عن الالتزام . فالمدين لا يرى الالتزام يثقل كاهله ، ويوجب عليه الوفاء به فحسب ، بل يرى نفسه أيضاً مسؤولاً عنه ، بمعنى أنه يجبر على الوفاء به بمعونة السلطة العامة ، إن لم يؤده برغبته ورضاه . وهذا هو عنصر المسؤولية في الالتزام Haftung .

هذان هما العنصران الأساسيان اللذان ينظمهما الالتزام ^(٢) . ولكن

(١) ويجب عدم الخلط بين أثر الالتزام من ناحية ، وأثر العقد وغيره من مصادر الالتزام من ناحية أخرى . فالعقد ، مثلاً ، يتركز أثره في أنه ينشأ الالتزام ، أى بحمل به المدين . أما الالتزام فهو يبدأ في إنتاج أثره ، بعد أن يكون العقد قد انشأ . ويتركز أثره في تنفيذه ، أى في أداء المدين ما يفرضه عليه .

(٢) ويرجم الفضل في تحليل الالتزام إلى هذين العنصرين للفقهائ الألمان .

ليس معنى هذا أن جميع الالتزامات تحويهما . فبعضها لا يحوى إلا أولهما ، أى عنصر المديونية ، دون ثانيهما ، وهو عنصر المسؤولية . إلا أن هذا البعض بالغ الندرة ، وبأخذ مكان الاستثناء البالغ من القاعدة العامة . فالأصل أن الالتزام يحوى العنصرين معاً . بل إنه لا يكون كاملاً إلا إذا انتظمهما كليهما . فالإلتزام الذى يحوى عنصر المديونية وحده ، فضلاً عن كونه نادر الوقوع فى العمل ، فضلاً عن أنه يزد على سبيل الاستثناء الصارخ ، هو الإلتزام ناقص . وهو يسمى بالإلتزام الطبيعى . فى حين أن الإلتزام الكامل ، أى ذاك الذى يحوى العنصرين السابقين كليهما ، يطلق عليه الإلتزام المدنى .

يبين عما سبق أن الإلتزامات تنقسم ، بحسب ذات تكوينها ، إلى الإلتزامات تحوى عنصرى المديونية والمسؤولية ، وهى الإلتزامات كاملة ، وتسمى بالإلتزامات المدنية ، وأخرى لا تحوى إلا العنصر الأول وحده ، وهى لذلك الإلتزامات ناقصة ، وتسمى بالإلتزامات الطبيعية . والإلتزامات الأولى هى الأصلية ، وعددها فى العمل غالب ساحق ، وإن ورد لفظ « الإلتزام ، مجرداً ، عنها ، أما الثانية ، فهى نادرة الوقوع وهى تحتل مكان الاستثناء البالغ من الأصل العام .

ومن البدهة أن تكوين الإلتزام ينضج على تناجه . وهذا ما أدى إلى أن الآثار التى يحويها كل نوع من نوعى الإلتزامات يختلف اختلافاً أساسياً عن تلك التى ينتجها النوع الآخر . من هنا نتج علينا أن نعالج آثار كل نوع على حدة . وكان طبيعياً أن نبدأ بآثار الإلتزام المدنى ، لأنه هو الأصل . ولسكتنا نؤثر مع ذلك أن تتبع النهج الذى سارت عليه المجموعة المدنية ، وهو البدء ببيان أحكام الإلتزام الطبيعى ، حتى تتفرغ ، بعد انتهائنا منه ، للإلتزامات المدنية ، فنوليها كل العناية . وهكذا نعالج آثار الإلتزام فى فصلين : يتناول أولهما الإلتزام الطبيعى ، ويختص ثانيهما بالإلتزام المدنى .

المديونية والمسؤولية

الفصل الأول

الالتزام الطبيعي

٥ - الالتزام الطبيعي التزام ناقص ، كما بينا . فهو لا يحوى من عنصرى الالتزام الكامل إلا الوجوب أو المديونية ، دون المسؤولية . فان أثقل كاهل المدين ، وأوجب عليه بالتالى تنفيذه ، إلا أنه لا يتضمن بين طياته ما يستطيع به صاحبه إرغام المدين على هذا التنفيذ . فللمدين كامل الحرية فى أن يقبى هذا الالتزام أو لا يقبى به . إذ الأمر متروك لضميره . وهكذا كانت سمة الالتزام الطبيعي الأساسية ألا جبر فى تنفيذه (المادة ١٩٩/٢) .

وترك تنفيذ الالتزام الطبيعي لمحض رغبة المدين يبرر مدى ما يتضمنه هذا الالتزام من شذوذ . فالأصل فى الالتزام ، شأنه فى هذا شأن غيره من كافة أنظمة القانون ، أنه يتضمن جزاء على مخالفته ، يستطيع به صاحبه أن يجبر المدين على أدائه ، إن لم يقم به طوعاً وإختياراً . ولكننا نرى الالتزام الطبيعي . وقد تجرد عن هذا الجزاء . وهو بهذا يصل بنا إلى نتيجة تتجافى مع منطق القانون ، بل هو يصل بنا إلى نتيجة تتجافى حتى مع مدلول لفظ «الالتزام» ؛ إذا هذا اللفظ يتضمن بذاته فكرة الإلزام ، ولكننا هنا نرى أنفسنا أمام التزام غير ملزم^(١) .

بيد أن الالتزام الطبيعي ، وإن تجرد بذاته عن الجزاء الذى يستطيع به صاحبه أن يجبر المدين على تنفيذه ، إلا أنه يقترن بالجزاء القانونى ، إذا أداه هذا المدين فعلاً أو تمهد بأن يؤديه مستقبلاً^(٢) . ومظهر اقترانه بالجزاء

(١) أنظر فى هذا المعنى : Colin et Capitant ، ج ٢ ، نبذة ٤٥٩

(٢) يصرط أن يكون هذا وذلك عن بيئة واختيار من المدين ، على وفق ما سيبيء .
تفصيلاً فيما بعد .

القانوني ، في حالة تيام المدين بأدائه ، أن هذا الأداء يعتبر وفاء لالتزام كان يتحمل كإحله ، فهو بالتالي لا يعتبر تبرعاً منه ولا دفعاً لشيء غير مستحق عليه . ومظهر إقراره بالجواز القانوني ، عند تعهد المدين بأدائه ، إمكان جبره عليه . وهكذا فالالتزام الطبيعي ، وإن كان بذاته وبمجرده خلواً من الجزاء القانوني ، إلا أنه يستحوز عليه ، ويستوى بذلك مع الالتزام الكامل هو الالتزام المدني ، إذا قام المدين بأدائه أو تعهد بأن يؤديه . وهذا هو سر اهتمام القانون به . فهو ، وإن بقي كامناً في ضمير المدين قبل أن يؤديه ، إلا أنه ينفذ إلى دائرة القانون عند أدائه إياه أو إعطائه العهد بهذا الأداء .

وهكذا يحتل الالتزام الطبيعي مكاناً وسطاً بين الواجب الأدبي المحض والالتزام القانوني الكامل ، أي المدني . فالقانون لا يهتم بالواجب الأدبي المجرد ، كالإحسان إلى الفقراء ، مثلاً . إذ هو متروك لقواعد الأخلاق وأوامر الدين . حتى إذا ما أداه الشخص ، ما اعتبره القانون موفياً واجباً يتحمل كإحله ، بل متبرعاً بمقدم . ومن ناحية أخرى ، يعترف القانون للالتزام المدني بقوة كاملة . فهو لا يقتصر على إيجاب الوفاء به على المدين ، بل يقر أيضاً مسؤولية هذا المدين عنه ، بحيث إنه إذا لم يؤديه طوعاً واختياراً ، خول للدائن سبيل جبره على ذلك بمعونة السلطة العامة . وبين هذين الأمرين ، الواجب الأدبي المحض والالتزام القانوني الكامل ، يتوسط الالتزام الطبيعي . فهو التزام ارتقى وسما عن الواجب الأدبي ، حتى وصل إلى دائرة القانون . ولكنه لم يتعمق خلال هذه الدائرة ، بل بقي على سطحها ، فنفخ القانون فيه بالقليل من روحه ، مكثفياً بتقرير وجوبه على المدين ، دون تحويل الدائن سلطة إجباره على وفائه .

ونعالج نظرية الالتزام الطبيعي في مبحثين : نبين في أولهما حالات وجوده ، ونحدد في ثانيهما آثاره .

المبحث الأول

حالات الالتزام الطبيعي

٦ - لم يبين قانوننا المصرى ، شأنه فى هذا شأن القانون الفرنسى ، حالات الالتزام الطبيعى ، على سبيل التعيين والحصص . فقد جاءت المادة ٢٠٠ منه تقضى بأنه : « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم الالتزام طبيعى بخالف النظام العام »

وهكذا يكمل المشرع ، فى غير الحالات التى نص هو فيها على وجود الالتزام الطبيعى ، أمر هذا الوجود للقاضى ، دون أن يقيد فى ذلك بأكثر من عدم التعارض مع النظام العام . وقد سلك هذا الطريق لسببين . يرجع أولهما لصعوبة الإحاطة بكل الواجبات الأدبية التى ترتق إلى منزلة الالتزام الطبيعى . ويرجع ثانيهما إلى الرغبة فى تقرير معيار مرن ، يستطيع القاضى جعله متمشيا مع آداب الجيل ، على مر الزمن .

يبد أن المشرع ، وإن ترك ، بصفة عامة ، وجود الالتزام الطبيعى لتقدير القاضى ، إلا أنه لا يعنى بذلك بطبيعة الحال أن يجعل هذا الأمر خاضعا لمجرد تحكمه ومشيته . فلا بد أن هناك اعتبارات تقتضيها المبادئ العامة للقانون ، ويستمع على القاضى أن يراعها . فالقاضى ليس مشرعا ، فهو لا يخلق القانون ، وإنما يقتصر دوره على تطبيقه . وإن ترك له المشرع حرية التقدير ، فلا بد من أن يقوم تقديره هذا على اعتبارات موضوعية تتمشى مع المبادئ القانونية العامة ، ومع الحكمة من تقرير النظام الذى وكل إليه أمر التقدير فيه . ولكى تفهم تلك الاعتبارات ، يلزمنا أن تتبع الالتزام الطبيعى فى نشأته ، وفى المراحل التى مر بها حتى وصل إلينا .

٧ - نشأة فكرة الالتزام الطبيعي وتطورها

ترجع نشأة الالتزام الطبيعي إلى القانون الروماني . فالرومان هم أول من قالوا به ، وهم الذين أضفوا عليه اسمه . وقد نشأ هذا النظام عندهم بادية ذى بدء بمناسبة تعهدات الرقيق ، التي كان القانون الروماني يحول بينها وبين أن تنتج أثراً قانونياً . ثم توسع الرومان بعض الشيء في الفكرة الجديدة ، فجعلوها شاملة للحالات الأخرى التي كان الالتزام فيها لا ينشأ مكتملاً ، إما بسبب عدم مراعاة الشكل الواجب الاتباع ، وإما بسبب النقص في أهلية المدين . فقد رأى الرومان ، في كل هذه الحالات ، أنه إذا قامت العقبات التي تقتضيها الأوضاع القانونية ، سواء أكانت ناشئة من النقص في الأهلية أو من عدم مراعاة الشكل المرسوم ، حائلاً دون أن يكتمل الالتزام ، وبالتالي دون أن ينتج الالتزام القانوني الذي يترتب عليه عادة ، فلا أقل من أن يعترف له القانون ببعض الأثر . وواضح أن الأمر الذي حدا بالرومان إلى أن ينهجوا هذا النهج هو الرغبة في التخفيف من حدة الأوضاع والأشكال القاسية التي كان يتضمنها قانونهم .

هكذا نشأت فكرة الالتزام الطبيعي لدى الرومان ، بمناسبة الالتزام المدني الذي لم يكتمل تكوينه قانوناً . وظلت مقصورة عندهم على هذا النحو ، فلم تعداه إلى الواجبات الأدبية الأخرى التي لم يلجأ الأشخاص أصلاً إلى التعهد بها قانوناً . وكان من نتيجة ذلك أن ضاقت الالتزامات الطبيعية في عددها عند الرومان . إذ ظلت الرابطة وثيقة بين نشوء هذه الالتزامات ونشوء الالتزامات المدنية الكاملة ، على خلاف ما نراه الآن في القانون المعاصر .

يجب أن نرى أن الالتزامات الطبيعية ، وإن ضاقت عددها في القانون الروماني ، بسبب اقتصرها على فكرة الالتزام المدني غير المكتمل ، إلا أن آثارها فيه كانت أوسع بكثير مما نراه اليوم في قانوننا . فقد كان الرومان مخلصين لفكرتهم التي تقوم على إحكام الصلة بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي .

فلم يقتنعوا بقصر حالات الالتزام الطبيعي على بعض حالات الالتزام المدني غير المكتمل في تكوينه ، بل قرروا للأول ، عند وجوده ، الكثير من الآثار التي ترتب على الثاني . وأهم الآثار التي رتبها الرومان على الالتزام الطبيعي أن دفع المدين الدين للدائن كان يعتبر وفاء بهذا الالتزام ، حتى لو قام به المدين عن غلط ، أى معتقداً أنه يوفى التزاماً مدنياً يوفى هذا يختلف القانون الرومانى اختلافاً أساسياً عن قانوننا المصرى ، الذى لا يعتبر الدفع وفاء لالتزام طبيعى ، إلا إذا قام به المدين وهو عالم وقاصد أن يوفى التزاماً طبيعياً^(١) . بل ذهب الرومان ، فى توسعهم فى آثار الالتزام الطبيعي ، إلى أن أجازوا للدائن به ، فى بعض الحالات على الأقل ، أن يتمسك بالمقاصة بينه وبين التزام مدنى عليه ، كما ذهبوا أيضاً إلى إمكان ضمانه بالكفالة بالرهن . وذلك فى حين أن قانوننا المصرى لا يقر لاهذا الأثر ولا ذاك ، كما سيجى^(٢) .

وانتقلت فكرة الالتزام الطبيعي من الرومان إلى القانون الفرنسى القديم . إلا أن فقهاء القانون الفرنسى القديم قد اختلفوا بشأنها .

فبعضهم ، لا سيما Domat ، كانوا أمناء على التراث الذى خلفه الرومان . فحصروا حالات الالتزام الطبيعي على فكرة الالتزام المدنى غير المكتمل . ولما كان القانون الفرنسى القديم لم يعرف من أسباب عدم اكتمال الالتزام التى كان يقول بها الرومان إلا النقص فى الأهلية ، فقد قصر هؤلاء الفقهاء على الالتزام الطبيعي على حالة بطلان الالتزام المدنى نتيجة هذا الأمر .

وأما البعض الآخر من فقهاء القانون الفرنسى القديم ، وعلى رأسهم Pothier ، فقد توسعوا كثيراً فى حالات الالتزام الطبيعي عما كان يقول به الرومان . وقد تأثروا فى ذلك بالقانون الكنسى الذى أخذ ينادى بضرورة احترام العهود والمواثيق وأداء ما عليه الشرف والضمير من واجبات

(١) أنظر ما سيجى ، نبذة ١١ .

(٢) راجع نبذة ١٧ .

على المدين

وفي هذا الصدد، يقول Pothier إنه يوجد التزام طبيعي ، ليس فقط في الحالات التي تحول فيها الأوضاع القانونية دون اكتمال تكوين الالتزام ، بل أيضاً في الحالات التي يكتمل فيها هذا الالتزام ، ثم يعترضه دفع قانوني يؤدي إلى حرمان الدائن من الدعوى التي كان يستطيع بها جبر المدين على وفائه ، كالدفع بالتادم والدفع بقوة الشيء المقضي واليمين الحاسمة . بل إن هذا الفقيه يرى أن الالتزام الطبيعي إذا ما نشأ ، إنما ينشأ قبل كل شيء نتيجة وجود واجب في ضمير المدين يحتم عليه أدائه . على أن Pothier ، وإن توسع في حالات الالتزام الطبيعي عما كان يقول به الرومان ، إلا أنه ضيق كثيراً من أثره . فهو يقصر هذا الأثر على اعتبار دفع المدين الدين عن يده واختيار وفاء للالتزام الطبيعي ، مستبعداً بهذا حالة الوفاء الذي يقوم به المدين عن غلط ، أي حالة كونه معتقداً أنه يوفي التزاماً مديناً ، على خلاف ما نهج عليه الرومان . وتلقت مجموعة نابليون فكرة الالتزام الطبيعي من القانون الفرنسي القديم ، متأثرة في ذلك على الخصوص بما قاله Pothier . إلا أنها لم تعالجها في نطاق نظرية عامة ، مكتفية بأن تشير إليه إشارة عابرة ، وهي في معرض الكلام في الوفاء كسبب لانقضاء الالتزام ، وذلك في المادة ١٢٣٥ منها التي جاءت تقول : « كل وفاء يفترض وجود دين . وما دفع من غير أنه يكون مستحقاً كان محلاً للاسترداد — ولا يجوز الاسترداد بالنسبة للالتزامات الطبيعية التي دفعت عن اختيار » .

وأمام هذه القصور في التشريع ، اختلف الفقهاء وأحكام القضاء في فرنسا ، بالنسبة إلى بيان الحالات التي يوجد فيها التزام طبيعي . ويمكن رد آرائهم في هذا الصدد إلى نظريتين ، هما الآتيتان :

١ - النظرية التقليدية : قامت هذه النظرية عقب صدور مجموعة نابليون ، وانحاز إليها كثرة من الفقهاء ، لاسيما الأقدمين منهم . وهي أمينة إلى حد كبير على التراث الروماني . فهي تحرك الصلة بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني فيما يتعلق بنشوئه وتباعد بذلك بينه وبين الواجبات الأدبية المجردة . ولذلك

فهي تقتصر حالات الالتزامات الطبيعية على تلك التي يوجد فيها أصل للالتزام مدني ، والتي لم يقم فيها هذا الالتزام كاملاً صحيحاً بسبب فساد اعتراه ، وسواء في هذا أشاب الفساد الالتزام المدني في تكوينه ، حال بذلك دون قيامه مكتملاً ، أم تسرب إليه بعد قيامه مكتملاً ، فجعله يفقد صفته القانونية الكاملة ، ويتحلل إلى التزام طبيعي . هكذا تقتصر نظريتنا حالات الالتزام الطبيعي على حالات الالتزام المدني غير المكتمل Obligation dégrénerée وحالات الالتزام المدني المتحلل Obligation avortée .

فالالتزام الطبيعي في منطقها لا يعدو أن يكون أثراً تخلف عن التزام مدني شابه الفساد ، وسواء أشابه الفساد عند تكوينه ، حال بذلك دون قيامه مكتملاً ، أم شابه بعد تكوينه ، فجعله يتحلل . ومثال الالتزام الطبيعي الذي يتخلف عن الالتزام المدني غير المكتمل ذاك الذي يتولد في ذمة ناقص الأهلية بعد تقرير بطلان التزامه المدني ، وذاك الناشئ عن المقامرة والرهان . أما الالتزام الطبيعي الناشئ عن تحلل التزام مدني ، فمثاله ذاك الذي يتخلف عن سقوط الالتزام المدني بالتقادم ، وذاك الذي يتخلف عن التزام مدني كان موجوداً حقيقة في ذمة المدين ، ولكن الدائن قد سلطه إجباره على وفائه ، نتيجة رفضه قضاء بحكم حاز قوة الشيء المقضي ، أو بسبب أداء المدين اليمين الحاسمة ، ومثاله أيضاً ذاك المتخلف نتيجة الصلح مع المفلس بالنسبة إلى القدر الذي ينزل عنه الدائن .

هذه هي النظرية الأولى . وهي ، كما بينا ، تضيق إلى حد كبير من حالات الالتزام الطبيعي ، قاصرة إياه على الالتزام المدني غير المكتمل والالتزام للمدني المتحلل . أما الواجب الأدنى الذي لم يعرف طريقة إلى دائرة القانون ، فهو لا يرتقي في رأيها إلى منزلة الالتزام الطبيعي . وقد سميت هذه النظرية بالتقليدية ، لأنها تتج في أساسها نهج الرومان ، أي تقليدهم .

٢ — النظرية الحديثة : قام في فرنسا كثير من الفقهاء ، لاسيما المعاصرين منهم ، ينتقدون النظرية التقليدية . وأقبحوا في بيان عيوبها من الناحيتين الآتيتين :

(الأولى) النظرية التقليدية لا تتجاوب مع بعض النصوص الفرنسية ،
التي تقرر التزامات طبيعية ، من غير أن تكون أثراً تخلف عن التزام مدني .
ومن ذلك المادة ٢٠٤ فرنسي التي تقضي بأنه ليس للولد دعوى ضد أحد أبويه
من أجل تأهيله للزواج أو نحوه . فقد فسر الفقهاء هذا النص على أنه يتضمن
التزاماً طبيعياً على الوالدين بتأهيل أولادهما ، في حين أن هذا الالتزام
لم يتخلف عن التزام مدني . ومن ذلك أيضاً المادة ١٩٠٦ فرنسي التي تنص
على أن المقترض الذي يدفع فوائد لم يشترطها العقد ولا القانون لا يستطيع
استردادها ولا خصمها من أصل الدين ؛ فهذه المادة تفرض بدورها
على المقترض التزاماً طبيعياً بأن يدفع للدائن فوائد عن دينه ، في الحالة التي يجبر
فيها قانوناً على دفعها ؛ وذلك في حين أنه لا يوجد في هذا الصدد أي أثر تخلف
عن التزام مدني .

(الثانية) ومن ناحية أخرى ، عيب على النظرية التقليدية أنها ، بقصرها
الالتزام الطبيعي على حالات الالتزام المدني غير المكتمل أو المتحلل ،
تفلق الباب محكماً بين القانون وبين الأخلاق في الأغلب من الحالات .
وذلك في حين أنه يجب أن تتخذ فكرة الالتزام الطبيعي منفذاً راجحاً تتسرب
خلاله آداب الجيل إلى دائرة القانون ، فتخفف من حدته وتطبع علاقات
الناس بطابع الأخلاق والضمير والإنسانية .

من أجل ذلك نهض الكثيرون يذبون الفكرة الرومانية القديمة ،
قائلين بفكرة جديدة ، مؤداها أنه يوجد التزام طبيعي ، في كل حالة تقضي
فيها آداب الجيل ومعنويات بالفاء بالواجب الأدبي ، مادام الشخص عند
أدائه يعمل على أن يريح ضميره وأن يتمشى مع مقتضيات الشرف . وسواء بعد
هذا أكان الواجب الأدبي أثراً تخلف عن التزام مدني لم يكتمل أو تحلل ،
أو أنه لم يشق طريقه أبداً إلى الالتزام المدني ، وبقى واجباً أدبياً ، كل ما في
الامر أن آداب الجيل ومعنوياته تحيطه بنظرة خاصة تباعد بينه وبين الواجب
الأدبي المحض ، وتقربه من الالتزام القانوني الكامل .
وهكذا أصبحت دائرة الالتزام الطبيعي ، في منطق النظرية الحديثة ،

منظمة حالتين : (الأولى) حالة الالتزام المدني غير المكتمل أو المتحلل .
(الثانية) حالة الواجب الأدنى المدعم باعتبارات خاصة .

هذا هو ما تقول به النظرية الحديثة في فرنسا . وواضح أنها لا تقصر
الالتزام الطبيعي على الحدود الضيقة الجامدة التي رسمها له الرومان . بل تتوسع
في هذه الحدود ، جاعلة منها باباً رحباً تنفذ منه الآداب والأخلاق إلى دائرة
القانون فتخفف من حدته . وقد وجدت هذه النظرية قبولاً طيباً لدى المحاكم
الفرنسية التي اتبعتها في مجموعها ، حتى أنه يسوغ أن نطلق عليها « نظرية القضاء » .
هاتان هما النظريتان اللتان قامتا في فرنسا عقب صدور مجموعة نابليون ،
بشأن تحديد حالات الالتزام الطبيعي . وفي غمرة تنازعهما الغلبة والسيادة ،
وضع قانوننا المصري القديم . وقد سار هذا القانون على نهج القانون الفرنسي ،
فيعالج الالتزام الطبيعي داخل نطاق نظرية عامة ، وإنما اكتفى بأن يشير
إليه إشارة عرضية عابرة ، دون أن يصرح حتى باسمه ، وذلك في مجال الكلام
عن دفع غير المستحق . فبعد أن قررت المادة ١٤٥/٢٠٦ منه بأن : « من أخذ
شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده » ، جاءت المادة ٢٠٨/١٤٧ تقضى بأنه :
« وإنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه
القانون لا يكون له استرداده » . وواضح من هذه المادة أن قانوننا القديم
أراد أن يسير منطق النظرية الحديثة . فهو يقيم الالتزام الطبيعي على اعتقاد
المدن بأنه ملزم بدين لا يوجبه القانون عليه ، بل أن النص الفرنسي لهذه
المادة أكثر صراحة ، حيث إنه يقرر عدم الاسترداد إذا كان الدفع قد حصل
اختياراً بمقتضى واجب ولو لم يختمه القانون en vertu d'un devoir même
non sanctionné par la loi . وهكذا فأساس الالتزام الطبيعي في منطق
قانوننا المدني القديم هو الواجب الأدنى ، دون ضرورة أن يكون هذا
الواجب أثراً يخلف عن التزام مدني .

وقد تجاوزت محاكمنا ، تحت ظل القانون القديم ، مع منطقه ، وبالتالي
مع منطق النظرية الحديثة التي سادت في فرنسا ، فتوسعت في حالات الالتزام

الطبيعى ، وجعلتها شاملة للواجبات الأدبية التى يحتم الضمير والشرف بل الكياسة وحسن السلوك أداءها^(١) ، دون اعتبار فى هذا لما إذا كان الواجب الأدبى قد تمحض عن التزام مدنى شابه الفساد أم لا .

وأخيراً جاء قانوننا المدنى الجديد ، تاركاً للقاضى ، فى غير الحالات التى ينص هو فيها على وجود التزام طبيعى ، تقدير هذا الوجود (المادة ٢٠) . وبين من سلوك قانوننا هذا الطريق ، كما بين من الأعمال التحضيرية التى اكتسفت وضعه أنه يتجاوب تماماً مع النظرية الحديثة التى سادت فى فرنسا والتى وجدت لها صدقاً قوياً فى قانوننا القديم تشريعاً وقضاءً ، فيتوسع فى حالات الالتزام الطبيعى ويجعلها شاملة لكل واجب أدبى يرتقى فى وعى الجماعة إلى منزلة خاصة تسمو به عن الواجب الأدبى المحض فى سبيل الدنو من الالتزام القانونى الكامل ، دون تفريق فى هذا بين واجب أدبى تخلف عن التزام مدنى تناسخ حكمه ، بسبب عدم اكتمال تكوينه أو بسبب تحلله ، وبين واجب أدبى نشأ هكذا من الأصل ، أى لم يعرف طريقه إلى القانون إلا على اعتبار كونه التزاماً طبيعياً . هكذا انتصرت الآداب والأخلاق فى قانوننا ، ووجدت لها فى الالتزام الطبيعى باباً رجباً تنفذ

(١) أنظر فى هذا على وجه الخصوص : استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، ب ٤١ ص ١١١ . وقد جاء فى هذا الحكم أن المادة ٢٠٨ مختلط ، بإحلالها لفظ (الواجب) محل عبارة (الالتزام الطبيعى) الواردة فى المادة ١٢٣٥ فرنسى ، قصدت التوسع فى فكرة الالتزام الطبيعى ، فتجعلها أكثر اتساقاً مع حالة من المضارة هجوم على إدراك عميق لقوانين الصرف وآداب السلوك . فيوجد التزام طبيعى فى جميع الأحوال التى يلتزم فيها شخص نحو آخر مدفوعاً فى ذلك ليس بوازع من الضمير أو من الصرف فحسب ، بل أيضاً بوازع من الكياسة وحسن السلوك *délicatesse* . وانتهت المحكمة إلى اعتبار قيام الزوج بتقديم ما يسد الحاجات الضرورية لزوجته التى عاش معها ١٥ سنة ، ثم طلقها دون أن تكون هناك مبررات قوية لذلك ، وهى فى حالة لاستطيع معها استئناف حياة زوجية مع غيره ؟ اعتبرت المحكمة هذا السلوك من الزوج أداء لالتزام طبيعى يتحمل كاهله . ثم قضت المحكمة بأن هذا الالتزام الطبيعى يتحول إلى التزام مدنى إذا ظهرت رغبة للدين واضحة فى ذلك ، دون حاجة إلى إثبات تلك الرغبة بمجرد كتابى صريح ، وإنما يمكن إثباتها بتبادل الرسائل ، مادامت هى تبدو منها بوضوح .

منه إلى دائرة القانون، فتخفف من حدته وتطبعه بطابع من الإنسانية والضمير والشرف .

٨ - الاعتبارات الواجبة لقسام الالتزام الطبيعي

أسهنا في بيان تاريخ الالتزام الطبيعي ، متبعين إياه من وقت أن ولدت فكرته عند الرومان حتى وصلت إلى قانوننا الحالي . والسبب الذي حدا بنا إلى ذلك هو الرغبة في أن تتلصق من هذا التاريخ الطويل الضوء الذي ينير للقاضي السبيل إلى معرفة حالات وجود الالتزام الطبيعي ، وذلك إلى جانب الضوء الذي يستمدّه من النصوص القانونية ومن الأعمال التحضيرية التي اكتفتها ، ثم من المبادئ القانونية العامة . فقد ترك مشرعنا ، كما بينا ، في غير الحالات القليلة التي يصحّح فيها بقاء الالتزام الطبيعي ، أمر وجوده لتقدير القاضي . والقاضي في تقديره هذا لا يتحكم بالضرورة ، وإنما يؤسسه على اعتبارات معينة ، تساعد الأمور السابقة كلها على كشفها . ويمكن رد هذه الاعتبارات إلى الثلاثة الآتية :

١ - يلزم أن يكون هناك واجب أدنى محدد التحديد الذي يجعله قابلاً لأن يتنفذ . وهو لا يكون كذلك ، إلا إذا تحدد بالنسبة إلى طرفيه وبالنسبة إلى موضوعه . إما إذا كان الواجب الأدنى عاماً يعوزه التحديد والتعيين ، فلا يرتقي إلى مرتبة الالتزام الطبيعي . ومثال ذلك واجب الإحسان إلى الفقراء عموماً . فهذا الواجب مبهم بالنسبة إلى الشخص الذي يؤدي له ، كما أنه مبهم أيضاً بالنسبة إلى القدر الذي يتضمنه . أما واجب مكافأة شخص معين على صنيع أسداه لك ، كان أنقذك من الفرق ، فقد يرتقي إلى منزلة الالتزام الطبيعي ؛ وذلك لأن هذا الواجب محدد بالنسبة إلى من يؤدي إليه وبالنسبة إلى موضوعه ، وذلك بالضرورة في حدود المكافأة العادية التي تقتضيها الظروف . ويرجع استلزام تحديد الواجب الأدنى لكي يرتقي إلى مرتبة الالتزام الطبيعي إلى أن هذا الالتزام ، عند أداء المدين إياه عن بينة واختيار ، يتساوى مع الالتزام المدني ؛ فلا أقل إذاً من يأخذ شكله .

٢ - يجب أن يرتقي الواجب الأدنى في الوعي الخلقى العام للجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى . فليس كل واجب أدنى يعتبر التزاماً طبيعياً . بل يلزم لذلك أن تنظر الجماعة نظرة خاصة إلى الواجب الأدنى ، بحيث تسمو به عن الواجب الأدنى العادى . فالالتزام الطبيعى لم يصل إلى أن يتساوى مع الواجب الأدنى . إنما هو واجب أدنى ينزل فى الضمير العام للجماعة منزلة خاصة . فالإحسان إلى جارك الفقير واجب أدنى عادى ، لأن الوعي الحضارى فى جماعتنا لا ينظر إليه نظرة تزيد على تلك التى ينظر بها إلى غيره من الواجبات الأدبية المحضة . أما إذا كان هذا الجار قريباً لك ، دون أن تصل قرابتكما إلى حد تحملك بالتزام مدنى بالإففاق عليه ، أو كان هذا الجار قد سبق له أن ساعدك فى محنتك ، فهنا يظهر واجب مساعدته أكثر قوة ورسوخاً فى الضمير العام للجماعة ، ومن ثم فهو يرتقى فى وعيها إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ، بحيث أنك إذا أديته ما اعتبرتك الجماعة ممتناً مفضلاً على جارك ، بل موفياً بدين يثقل كاهلك .

ويلاحظ أن الذى يعتد به هنا هو الوعي الخلقى العام للجماعة . فلا يكون الوعي الذاتى للفرد . فالإحسان إلى جارك الفقير ، لمجرد أنه جارك ، لا يرتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ، حتى لو تميزت عن غيرك من سواد الناس برقة زائدة فى الشعور وإرهاف فى الحس . وهكذا فالمعيار هنا موضوعى يقوم على آداب الجيل ومعنوياته ، وليس ذاتياً يراعى فيه شعور الفرد وإحساسه (١)

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما قد يفهم منه غير ذلك . إذ هى قد تضمنت ما يأتى : « ويتمين على القاضى عند الفصل فى أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولاً من قيام واجب أدبى ، وأن يثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرتقى فى وعى الفرد أو فى وعى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ... » . فكأن المذكرة الإيضاحية تكفى ، فى قيام الالتزام الطبيعى ، بأن يرتقى إلى هذه المنزلة ، إما فى تقدير الفرد وإما فى تقدير الجماعة . وهذا النظر يبدو لنا غير صائب . فهو لا يتفق مع المسكبة من قيام نظام الالتزام الطبيعى ، ولا مع تاريخه الطويل . فهذا النظام نشأ واستقر لى تفقد إلى دائرة القانون الآداب العامة وليس إحساس الفرد بمعجده .

٣ - والاعتبار الثالث والأخير الذي يجب مراعاته ، لقيام الالتزام الطبيعي ، هو عدم التعارض مع النظام العام . وقد تضمنت المادة ٢٠٠ هذا القيد بقولها في شطرها الأخير : «... وفي كل حال لا يجوز أن يقوم الالتزام طبعى بخالف النظام العام» .

فهما شعر الفرد منا بشدة وطأة واجب معين على ضميره ، فلا يمكن أن يرتقى هذا الواجب إلى منزلة الالتزام الطبيعي ، إذا تعارض أداؤه مع النظام العام . وهذا أمر بديهي . إذ أن نظام الالتزام الطبيعي وجد لكي يكون سبيلا للوصول إلى الخير العام للجاعة ، بتسرب آداها إلى دائرة القانون تخفف من حدته وتطبعه بطابع الضمير والشرف والإنسانية ؛ فلا يسوغ أن يكون وسيلة للإضرار بها ، بتنافيه مع مقتضيات النظام العام فيها . بل إن طبيعة الأمور ذاتها تؤدي إلى عدم قيام الالتزام الطبيعي إذا تعارض مع النظام العام ، وكنا لنصل إلى تقرير هذا الأمر حتى لو لم ينص عليه المشرع . إذ أن الواجب الأدبي كما بينا ، لا يسمو إلى مرتبة الالتزام الطبيعي إلا إذا بلغ منزلته في الوعي العام للجاعة . وهو لا يبلغ تلك المنزلة فيه إذا تعارض مع ما يقتضيه النظام العام . فالجاعة تنفر بالضرورة من كل أمر يتخافى مع مصلحة أساسية من مصالحها ، لدرجة يمكن معها القول بأن مثل هذا الأمر لا يرقى حتى إلى درجة الواجب الأدبي المحض .

وقد طبق القانون نفسه هذه الفكرة في عدة مناسبات . فقرر ، مثلا ، في المادة ٢٢٧/١ منه أنه لا يجوز الاتفاق على فوائد للدين تزيد على ٧ ٪ ، وأن أنه إذا اتفق على فوائد يزيد سعرها على هذا القدر ، وجب تخفيضها إليه ، وتعين رد ما دفع زائداً عليه . فالمدن الذي يؤدي لدائمه فوائد عن دينه تزيد على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، لا يعتبر ، بالنسبة إلى هذه الزيادة ، موفياً بالالتزام طبعى ، مهما كان ضغط الضمير عليه قوياً لأدائها ، بل يعتبر أنه قد دفع ما هو ليس مستحقاً عليه ، الأمر الذي يحول له استرداده . والسبب في ذلك أن النظام العام عندنا يأبى الإغراق في الربا .

وقد قرر القانون أيضاً في المادة ٧٣٩ منه بأنه : « ١ - يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان . ٢ - ولئن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق . » فالمقامرة والرهان يخالفان النظام العام عندنا ، لما فيهما من المضاربة على الخط . وللخاسر أن يسترد ما دفعه فيها ، حتى لو كان من طائفة المقامرین الذين يعتبرون دين القماردين شرف dette de jeu dette d'honneur إذ أن هذا الدفع لا يعتبر وفاء لالتزام طبيعي ، لتجافيه مع النظام العام بل مع الآداب العامة في الجماعة .

وتطبيقاً لنفس الفكرة التي تقضى بعدم قيام الالتزام الطبيعي إذا تعارض مع النظام العام ، لا يعتبر وفاء لالتزام طبيعي قيام الراشئ بدفع الرشوة للموظف المرتشى ، ولا قيام المحرض على القتل بدفع الجعل للقاتل نظير لإجرامه ، ولا قيام المجنى عليه في السرقة بدفع الحلوان للشارق حتى لو رد المسروق باختياره .

٩ - مابوث الالتزام الطبيعي

تنص المادة ٢٠٠ على أنه : « يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام . »

فالمشرع لم يلجأ ، كما بينا ، إلى بيان الالتزامات الطبيعية على سبيل التحديد والحصر . بل نص على بعضها ، وهو جد قليل ، وترك البعض الآخر ، وهو الكثير الغالب ، لتقدير القاضي . والقاضي في هذا التقدير لا يتحكم ، بل يجب أن يلتزم الاعتبارات الثلاثة التي سبق لنا بيانها . وهو في التزامه هذه الاعتبارات ، يخضع لرقابة محكمة النقض .

ومن الحالات التي نص فيها المشرع على وجود الالتزام الطبيعي ،

بل لعلها الحالة الوحيدة في المجموعة المدنية على الأقل ، ما تقضى به المادة ٣٨٦/١ من أنه : ١٥ - يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي . فالدين ، بعد انقضائه بالتقادم ، يستحيل التزاماً طبيعياً في ذمة المدين . بحيث إنه لو أداه عن بينه واختيار ، اعتبر أنه يوفي ديناً يقل كاهله ، وامتنع عليه بالتالي استرداد ما دفع .

أما الحالات التي لم يصرح فيها المشرع بقيام الالتزام الطبيعي والتي يسوغ القول بوجوده فيها ، فهي عديدة تستعصى على الحصر . ولا مفر لإزائها من أن نجتزئ بضرب الأمثلة . ورغبة في السهولة واليسر ، نتبع في سرد هذه الأمثلة ، التطور التاريخي لنظام الالتزام الطبيعي ، فنبدأ باعطاء أمثلة للالتزام الطبيعي الذي تخلف عن التزام مدني لم يكتمل تكوينه ، ثم للالتزام الطبيعي الذي تخلف عن التزام مدني اكتمل تكوينه ولكنه تحلل بعد اكتماله ، وأخيراً للالتزام الطبيعي الذي نشأ من الأصل واجباً أدنياً ، وذلك كله فيما يلي :

(١) الالتزامات الطبيعية تتخلف عن التزامات مدنية لم يكتمل تكوينها : أبرز مثال لهذه الالتزامات هو التزام ناقص الأهلية بعد تقرير بطلانه . فالالتزام ناقص الأهلية ينهض في البداية التزاماً مدنياً . لأن العقد الذي يولده ، لا يقع باطلاً ، وإنما قابلاً للإبطال . ولكن بعد تقرير بطلان العقد ، يزول التزام ناقص الأهلية باعتباره التزاماً مدنياً ، ويعتبر أنه لم يوجد أصلاً على هذا الاعتبار ، فيتخلف عنه التزام طبيعي . ومن الالتزامات الطبيعية التي تندرج في هذه الطائفة ، ذاك المتخلف عن الهبة التي تقع باطلة بسبب عدم مجيئها في الشكل الرسمي . فعلى الواهب هنا ، أو ورثته من بعده ، التزام طبيعي بتنفيذ الهبة (١) .

(٢) الالتزامات الطبيعية تتخلف عن التزامات مدنية اكتملت تكوينها ولكنها تحلت : وقد اتفق كثير من الفقهاء القول بأنه يترتب على الهبة الباطلة لعب في الشكل التزام طبيعي في ذمة الواهب بتنفيذها . وحججهم في ذلك أن أثر الالتزام الطبيعي لا يقتصر على أن تنفيذه الاختياري يعتبر وفاء له يتمتع المدين من استرداد ما دفعه ؛ ولكنه يشمل أيضاً اعتبار التصديق بتنفيذه متضمناً التزاماً مدنياً . وذلك في حين أن القانون ، بشأن الهبة الباطلة ، لا يقر إلا الأثر الأول دون الثاني (أنظر في هذا المعنى =

أستاذنا عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج ٢ نبتة ٣٩٥ - إسماعيل غانم أحكام الالتزام ج ١ طبة ١٩٥٦ ص ٢٨٧ هامش ٣ . ولا جدال عندنا في أن عهد الواهب ، في ورقة عرقية ، بتنفيذ الهبة الباطلة لليب في الشكل يقع باطلا بدوره ، وذلك بخلاف ما يترتب على الالتزام الطبيعي بوجه عام . إذ القول بغير هذا يؤدي إلى إعطاء الواهب وسيلة سهلة للتخلص من الشكل الرسمي الذي يخضع القانون لقيام الهبة ، فإليه لذلك إلا أن يجب بورقة عرقية ثم يعود فيتمتع بتنفيذ الهبة . ولكن هذا لا يقدر في اعتبار التزام الواهب في حالة التزاماً طليعياً . فلا يوجد شيء ما يمنع من أن الالتزام الطبيعي يحرم ، في حالة خاصة ، من اتباع أحد أنواره ، سيما إذا كان هذا الأمر ثانوياً ، مع احتفاظه مع ذلك بصفته هذه . والحقيقة أنه يمكن إرجاع حرمان الالتزام الطبيعي المترتب في ذمة الواهب بتنفيذ الهبة الباطلة لليب في الشكل من إمكان العهد به تمهداً مدنياً في ورقة عرقية إلى نص في القانون ، هو نص المادة ١٠٢ الخاص بالوعد بالقد . فالعهد بتنفيذ هبة باطلة لا يبدو أن يكون وعداً بالهبة . والوعد بالقد الرسمي لا يصح إلا إذا جاء بدوره في ورقة رسمية . فخلص من هذا أن الهبة الباطلة لليب في الشكل تخلف وراءها التزاماً طليعياً بتنفيذها ، مع حرمان هذا الالتزام من إمكان العهد به تمهداً مدنياً .

وما يؤيد هذا النظر أن المشرع يستعمل في المادة ٤٨٩ نفس الألفاظ التقليدية التي تعبر عن الأمر الرئيسي للالتزام الطبيعي ؛ فهو يقول في هذه المادة : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لليب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يتردوا ما سلموه » . ثم إن الأعمال التحضيرية للقانون صريحة في إقراره . فقد كانت المادة ٦٦٣ من المشروع التمهيدي تنص على أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته ، مختارين ، بتنفيذ هبة باطلة لليب في الشكل ، انقضت الهبة صححة » . فلاحظ على هذه الصياغة أنها لا تستقيم مع القواعد العامة ، فدخلت على النحو الذي جاء في المادة ٤٨٩ من القانون ؛ وجاء تبريراً لهذا التمدد : « أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذاً لالتزام طليعي » . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٤ ، تقرير لجنة المراجعة ، وتقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، ص ٢٥٢ ، والمذكورة الإيضاحية ص ٢٥٤ .

وما يؤيد وجهة النظر التي ذهبنا إليها أيضاً أنه يصعب تأصيل حكم المادة ٤٨٩ على أساس آخر غير الأساس الذي رأيناه . فلا يستقيم في نظرنا الرأي الذي ذهب إليه أستاذنا السنهوري وزميلنا إسماعيل غانم من أن إعلان الهبة التي لا يراعى فيها الشكل هو بطلان من نوع خاص تصبح لإجازته بتنفيذها اختياراً . فواضح أن الشكل ركن في عقد الهبة لا تقوم بغير توافره ؛ والإجازة لا تصحح المدم . ثم أليس في القول بتجنيب ورود الإجازة ، إن ساء تصحيح الهبة بها ، بطريق واحد ، هو التنفيذ الاختياري لها ، أليس في هذا القول الشيء الكثير من التعمل والاصطناع . وأخيراً فالرأي الذي نعارضه يتناقض مع الأعمال التحضيرية لقانوننا ، كما يبدو من عرضنا لماها التي قدمناه من قليل . ولا يستقيم كذلك الرأي الذي ذهب إليه زميلنا أكثم الحولي (دروس في العقود المدنية ١٩٥٥ - ١٩٥٦ نبتة ٨) ، من أن التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لليب في الشكل يعتبر شكلاً جديداً يتميز به المرفع بدلاً عن الشكل الأول . إذ أن تنفيذ الالتزام هو وفاء له ، فكيف يعتبر شكلاً يغي فيه العقد الذي يولده .

وهذا هو ما يستفاد من المادة ٤٨٩ التي جاءت تقول : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلوه » .

(ب) الالتزامات طوعية تتخلف عن الالتزامات مدنية قد تحلت : من أمثلة الالتزامات الطبيعية التي تتخلف عن الالتزامات مدنية قد تناسخ حكمها بعد اكتمال تكوينها ما يأتي :

١ - الالتزام الطبيعي الذي يتخلف عن التزام مدني انقضى بالتقادم . وقد صرحت المادة ٣٨٦ / ١ بوجود هذا الالتزام ، كما بينا آنفاً .

٢ - الالتزام الطبيعي الذي يتخلف عن التزام مدني تناسخ حكمه بسبب رفضه قضاء بحكم حاز قوة الأمر المقضي ، أو بسبب أداء المدين الدين الحاسمة براءة ذمته منه .

٣ - الالتزام الذي يتخلف في ذمة المدين التاجر نتيجة الصلح الذي يحميه مع دائنيه بالتنازل عن بعض ديونهم المدنية قبله ، بالنسبة إلى القدر الذي يرد التنازل عنه .

(ج) الالتزامات طوعية تقوم على واجبات نشأت أدبية من الأصل : من أمثلة الالتزامات الطبيعية التي تندرج في هذه الطائفة التزام الخدم بمكافأة خداثة على تفانيه في خدمته ، أو الزامة بترتيب إيراد له ينفق منه على ضروريات حياته إذا أقعده العجز أو المرض أو الشيخوخة على الاستمرار في عمله ، والالتزام شخص بمكافأة طبيب أظهر براعة في علاجه وذلك زيادة عن الأجر المتفق عليه بينهما ، والالتزام الوالدين بتأهيل أبنهما أو بتزويج بتقديم المهر أو إعداد الجهاز ، والالتزام الشخص المورس بتقديم ما يلزم لضروريات الحياة لأقربائه ممن لا تلزمه نفقتهم قانوناً ، والالتزام الزوج الذي يطلق زوجته لغير ما ذنب جنته بالاتفاق عليها إذا خيم عليها العوز والحاجة^(١) ،

(١) أنظر استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، ب ٤١ ص ١١١ ، وقد سبقت الإشارة إليه .

والالتزام الشخص الذي يغوى امرأة دون إمكان نسبة الخطأ إليه قانوناً^(١) ،
فأساء إلى سمعتها بتقديم المعونة التي تساعدها على النهوض من زلتها .

المبحث الثاني

آثار الالتزام الطبيعي

١٠ - بينا فيما سبق حالات الالتزام الطبيعي . وقد بدأت تلك الحالات
كما عرفنا ، قليلة محدودة عند نشأة هذا النظام لدى الرومان ، ثم أخذت
تتسع على مر الأيام ، حتى وصلت في وقتنا الحاضر إلى أن تشغل مجالاً رحب
الحدود . وقد حدث العكس بالنسبة إلى آثار الالتزام الطبيعي . فقد بدأت
تلك الآثار عند الرومان بعيدة المدى ، ثم أخذت تضيق على مر الزمن ،
حتى أصبحت في قانوننا المصري جد قليلة . وهكذا فالالتزام الطبيعي في القانون
الحديث يفترق عن صنوه عند الرومان ، بأنه أكثر صوراً في حالاته ،
وأقل إنتاجاً في آثاره^(٢) .

والأمر المميز لآثار الالتزام الطبيعي في قانوننا المصري أنها لا تترتب
في ذمة المدين إلا بإرادته . فسمه هذا الالتزام ، كما بينا ، الاجبر في تنفيذه .
فلا بد أن يظهر المدين رغبته في احترام الالتزام الطبيعي والتقيده قانوناً .
فإن لم يفعل ، فلا يسوغ للدائن إجباره على ذلك . فالالتزام الطبيعي ، كما بينا ،
مجرد عن عنصر المسؤولية ، ولكن إذا أبدى المدين مختاراً رغبته في التقيد
بالالتزام الطبيعي ، ما ساع له بعد ذلك الرجوع والنكوص . لأنه يعتبر أنه
رغب في التقيد بأمر يوجه عليه القانون . فالالتزام الطبيعي ، إن تجرد من
عنصر المسؤولية ، إلا أنه يشمل عنصر الوجوب أو المديونية ، كما سبق
لنا البيان^(٣) .

(١) أما إذا كان الإغواء متصفاً خطأ قانونياً ، كان الالتزام بالتعويض التزاماً مديناً .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التجميعية للقانون المدني ، ج ٢ ص ٤٩٥ .

(٣) أنظر ماسبق ، نبذة ٤٠٠ .

وإذا كانت آثار الالتزام الطبيعي لا تترتب في ذمة المدين إلا إذا أبدى رغبته في التقيد به قانوناً ، فإن هذه الرغبة تبدى منه على إحدى صورتين : فهو إما أن يؤديه فعلاً وإما أن يتعهد بأدائه مستقبلاً . ومن هنا اقتضرت آثار الالتزام الطبيعي على الأمرين الآتين :

- ١ - اعتبار أدائه من المدين وفاء به .
 - ٢ - تعهد المدين بأدائه مستقبلاً يتضمن التزاماً مدينياً .
- وتشكلم في كل من هذين الأمرين بالفضل ؛ وذلك فيما يلي :

١١ - أداء الالتزام الطبيعي يعتبر وفاءً

الآثار الرئيسية للالتزام الطبيعي هو أن أدائه من المدين يعتبر وفاء به . فالالتزام الطبيعي ، وإن تجرد من عنصر المسؤولية ، فهو يحوى عنصر الوجوب أو المديونية ؛ وإن حال تخلف العنصر الأول دون جبر المدين على وفائه ، فإن من مقتضى العنصر الثانى ، أن تعتبر ذمة المدين مشغولة به ؛ فإن جاء هذا وأداه باختياره ، اعتبر أنه وفى التزاماً يثقل كاهله . فهو لا يعتبر أنه قد أدى شيئاً غير مستحق عليه . ولا يعتبر كذلك أنه قد تبرع بما أدى . وقد ركزت المادة ٢٠١ هذا الأثر بقولها : لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبعياً .

ينبذ أنه إذا اعتبر أداء الالتزام الطبيعي وفاء به ، فلا بد لذلك من أن يقرن بالشروط الآتية :

١ - يجب أن تتوافر الشروط التى تقضى بها القواعد العامة لصحة الوفاء . فالأداء يعتبر هنا وفاء . ومن ثم وجب أن تتوافر فيه شروط الوفاء العادى . فإذا كان المدين الموفى ناقص الأهلية ، مثلاً ، ساء له أن يتمسك بإبطال وفائه .

٢ - يلزم أن يكون المدين ، عند أدائه الالتزام الطبيعي ، على بينة

من أن هذا الالتزام، بمعنى أن يكون علماً بأن القانون لا يجبره على أدائه، وأنه حينما يؤديه لا يفعل أكثر من أن يستجيب لواجب يحتمه عليه ضميره أما إذا أدى المدين الالتزام الطبيعي مقادراً في هذا باعتقاده الخاطئ بأن القانون يجبره على وفائه، ما اعتبر هذا الأداء وفاء به، وإنما دفعاً لشيء غير مستحق عليه، الأمر الذي يخول له استرداد ما دفع^(١). وفي هذا يختلف أمر الالتزام الطبيعي في قانوننا اختلافاً أساسياً عما كان عليه عند الرومان، حيث كان أدائه من المدين يعتبر وفاء به، حتى لو كان حاصلًا عن غلط، أي حاصلًا من المدين، حالة كونه يعتقد أنه يؤدي التزاماً مدينياً يجبره عليه القانون^(٢).

٣ — يجب أن يحصل أداء المدين للالتزام الطبيعي من تلقاء نفسه ولو بمحض حريته واختياره. أما إذا أكره على هذا الأداء، حتى لو لم تتوافر الشروط التي تتطلبها القواعد العامة في الإكراه العادي، ما اعتبر وفاء للالتزام الطبيعي، وساغ للمدين أن يسترد ما دفع، على اعتبار أنه أدى شيئاً غير مستحق عليه.

٤ — ويلزم في النهاية، أن يكون المدين، بأدائه الالتزام الطبيعي، قاصداً أن يوفيه. وهذا ما يتطلب بالضرورة أن يكون المدين شاعراً بأن الواجب الأدنى يرقى في وعيه الذاتي إلى منزلة الالتزام الطبيعي، فيعتمد على

(١) ويلاحظ أن ثبوت الحق للمدين بالالتزام الطبيعي في استرداد ما أداءه تنفيذاً له إذا لم يكن على بينة من أمره، لا يرجع إلى القواعد العامة في النطق، وإنما تختص أحد الشروط الواجبة لاعتبار هذا الأداء وفاء بالالتزام الطبيعي. فالأداء لا يعتبر هنا متضمناً وفاء وقع قابلاً للإبطال، نتيجة تيب رضاء الموفى بالنطق. وإنما هو لا يعتبر وفاء أصلاً، بل مجرد دفع لفيز المستحق. ويترتب على ذلك أنه لا يلزم، لثبوت الاسترداد للمدين، أن يكون الدائن قد شاركه الاعتقاد الخاطئ، عن صفة الدين، أو كان يعلم بوقوع المدين فيه أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك؟ الأمر الذي كان يشتم على لو أننا في مجال تطبيق القواعد العامة في النطق (المادة ١٢٠).

(٢) أنظر ما سبق، بقية ٧.

أدائه ليربح ضميره . ويجب هنا عدم الخلط بين وصول الواجب الأدبي إلى منزلة الالتزام الطبيعي في الوعي العام للجماعة ، وبين وصوله إلى تلك المنزلة في الوعي الذاتي للمدين . فالأمر الأول شرط لقيام الالتزام الطبيعي . أما الأمر الثاني ، فهو شرط لاعتبار أداء الالتزام الطبيعي وفاء به . وكما هو ظاهر ، لا يغني أحد الأمرين عن الثاني . فإذا لم يصل الواجب الأدبي إلى مرتبة الالتزام الطبيعي في الوعي العام للجماعة ، تخلف عنه شرط أساسي لاعتباره التزاماً طبيعياً ، فإن جاء الفرد وأداه ، اعتبر أنه أدى شيئاً لا يوجبه عليه القانون ، وذلك حتى لو كان يعتقد بأنه يؤدي التزاماً طبيعياً . وإذا وصل الواجب الأدبي إلى منزلة الالتزام الطبيعي في الوعي العام للجماعة ، ولكن المدين لم يشارك غيره من سواد الناس اعتقادهم بتلك المنزلة ، ومع ذلك قام بأداء موضوع ذاك الالتزام ، فلا يمكن القول هنا بأنه قصد أن يوفى التزاماً طبيعياً ، ما دام هو لا يشعر بوجوبه في ذمته ؛ فالحق إنه قصد التبرع بما أدى .

١٢ — النتائج المترتبة على اعتبار أداء الواجب الطبيعي وفاء به

إذا أدى المدين مضمون الالتزام الطبيعي ، وتوافرت في أدائه هذه الشروط التي بينها ، اعتبر أنه يوفى التزاماً يوجبه القانون عليه . ويترب على ذلك النتيجةان الأساسيتان الآتيتان :

(الاولى) يعتبر المدين أنه وفي ديناً يوجبه القانون في ذمته . فهو لم يدفع شيئاً غير مستحق عليه ، ولا يجوز له بالتالي استرداد ما دفع . وقد صرحت المادة ٢٠١ هذا الحكم بقولها : « لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً » .

(الثانية) لا يعتبر المدين متبرعاً بما أدى ، فهو لم يفعل أكثر من أنه وفي ديناً يقرر القانون انشغال ذمته به . وعلى هذا يأخذ أدائه حكم الوفاء بالالتزام ، لا حكم التبرع . فلا يعمل هنا بالقواعد التي تحكم التبرعات ، شكلية

كانت أم موضوعية ؛ وإنما تسرى فقط القواعد التي تحكم الوفاء بالالتزام .
ويترب على ذلك النتائج الفرعية الآتية :

- ١ - لا يلزم أن يحى أداء الالتزام الطبيعي في شكل خاص .
- ٢ - يكتفى في أداء الالتزام الطبيعي بأهلية الوفاء ، أى أهلية إجراء الأعمال التي تدور بين النفع والضرر ؛ فلا تستلزم أهلية التبرع .
- ٣ - لا يجوز الرجوع في أداء الالتزام الطبيعي . ولو كان الأمر هبة (لساغ الرجوع فيها ، حيثما يسمح القانون بذلك .
- ٤ - أداء المدين الالتزام الطبيعي في مرض موته لا يقصده به التبرع ، وبالتالي فهو لا يعتبر وصية ^(١) .

١٣ - أداء الالتزام الطبيعي يجعل منه التزاماً مدينياً

عرفنا أن أداء الالتزام الطبيعي يعتبر وفاء له . ولكنه لا يتجاوز هذا المدى . فهو لا يجعل منه التزاماً مدينياً . فالأداء يعتبر أنه حصل وفاء للمدين ما زال طبيعياً ، أى أن القانون يوجهه في ذمة المدين دون أن يقرر مسئوليتها عنه . ويترب على ذلك النتيجةان الآتيتان :

- ١ - إذا اقتصر المدين بالالتزام الطبيعي على أداء جزء منه ، ما ساع للدائن أن يجبره على وفاء باقية .
- ٢ - إذا أدى المدين التزامه الطبيعي بشيء غير مملوك له ، ثم استحق

(١) على أنه يلاحظ هنا أنه ، وفقاً للمادة ٩١٦ / ٣ ، يقوم حصول التصرف القانوني في مرض موت المتصرف قرينة قانونية على أن المقصود به هو التبرع ، مع إمكان هدم هذه القرينة بإقامة الدليل على العكس . وعلى هذا فيعتبر الموفى متبرعاً بما يؤديه ، إلى أن يقيم الدائن الدليل على أنه بأدائه قد قصد أن يوفى له التزاماً طبيعياً .

هذا الشيء لصاحبه ، ما ساغ للدائن أن يرجع عليه بضمان الاستحقاق^(١) .
والسبب في ذلك أنه يترتب على استحقاق الشيء الموفى به اعتبار الوفاء كأن
لم يكن . فالالتزام بالتالى يبق قائماً لم ينقض . وحيث إنه لا زال التزاماً
طبيعياً ، فلا جبر في تنفيذه .

١٤ - كيفية الطعم في أداء الالتزام الطبيعي بالدعوى البوليسية

إذا أدى المدين التزامه الطبيعي وهو معسر^(٢) ، أو ترتب على هذا الأداء
إعساره ، جاز لدائنيه أن يطعنوا فيه بالدعوى البوليسية لتقرير عدم نقاذه
في مواجبتهم . ولكن على أى أساس تبنى الدعوى البوليسية هنا ؛ أعلى اعتبار
أداء الالتزام الطبيعي معاوضة ، أم على اعتباره تبرعاً ؟

وأصح ما لهذا الموضوع من أهمية عظمى . فلو اعتبر الأمر معاوضة ،
ما نجحت الدعوى البوليسية إلا إذا أثبت رافعها وقوع الغش من كل من
الموفى والموفى له ، بمعنى عليهما بإعسار الأول . أما لو اعتبر الأمر تبرعاً ،
فإن الدعوى تنجح ، حتى ولو كان كل من هذين حسن النية .

وتسير كثرة الفقهاء على أن أداء الالتزام الطبيعي يتضمن وفاء عادياً ،
أى علاماً من أعمال المعاوضات ، حتى بالنسبة إلى تطبيق أحكام الدعوى
البوليسية^(٣) .

وقد عارض فريق من الشراح هذا الرأي ، قائمين بأن أداء الالتزام
الطبيعي ، وإن اعتبر وفاء في العلاقة بين طرفيه ، إلا أنه يعتبر تبرعاً بالنسبة

(١) انظر في هذا المعنى : السهورى ، الوسيط ج ٢ نبذة ٢٠٠ - اسماعيل غام ،
أحكام الالتزام ج ١ نبذة ١٤٣ . وانظر عكس ذلك : بلانول وريير المطول ج ٧ نبذة ٩٩٣
سليمان مهدي ، أحكام الالتزام ، نبذة ١٥ .

(٢) ومن التصور أن يحدث هذا كثير في العمل ، لاسيما بالنسبة لقيام الأب بتجيز
إبنته وهو معسر ، أو يسرف فيه إسرافاً يجر إلى إعساره .

(٣) وقد أقرت المذكرة الإيضاحية هذا الرأي ، حيث جاء فيها أن أداء الالتزام الطبيعي
يتم وفاء لا تبرعاً ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البوليسية وتصرفات المدين
مرض الموت .

إلى دائتي المدينين ، لأنه يتضمن محاباة من هذا الأخير للموئى له على حسابهم ^(١) . وهذا الرأى الثانى محل نظر . إذ التصرف القانونى لا يأخذ إلا شكلاً واحداً فى مواجهة الكافة . فلا يسوغ القول بأن طبيعته تتغير بتغير النظر إلى الأشخاص .

وقد رأى فريق ثالث اعتبار أداء الالتزام الطبيعى متضمناً تبرعاً يخول للدائنين الطعن فيه بالدعوى البوليسية ، دون حاجة إلى إثبات الغش ، مؤسسين رأيهم على فكرة جديدة ، تقوم على قياس هذا الأداء على وفاء الالتزام المدينى المقترن بأجل لها محل . فالمادة ٢٤٢/٢^٢ تقضى بأنه يجوز للدائنين أن يطعنوا بالدعوى البوليسية فى وفاء مدينهم لدائن آخر غيرهم بدين له ، قبل الأجل المحدد فى الأصل لوفائه ، وذلك دون حاجة إلى إثبات الغش والتواطؤ . ويقس الفقهاء الذين نعرض رأيهم على هذه الحالة حالة الوفاء بالدين الطبيعى ، ويعطونها نفس الحكم من باب أولى ^(٣) . وهذا الرأى ، وإن كان أسلس من سابقه ، إلا أنه يبدو لنا بدوره محلاً للنقد . إذ أن وفاء الدين قبل حلول أجله يتضمن تبرعاً من المدين بنزوله عن الأجل ، ومن ثم كان منطقياً أن ينزله المشرع منزلة التبرع بالنسبة إلى أحكام الدعوى البوليسية . وليس الحال هكذا فى أداء الالتزام الطبيعى . فهو دين حال يوجب القانون فى ذمة المدين ، وإن كان لا يجبره على أدائه . فإذا أداءه المدين قاصداً أن يبرىء ذمته منه ، فكيف يقال بعد هذا أنه تبرع بما أدى ؟

والحق إنه إذا ثبت قيام الالتزام الطبيعى ، ثم جاء المدين فأداه قاصداً أن يوفيه ، فإن أدائه على هذا النحو يعتبر وفاء ، أى عملاً من أعمال المعاوضات . ولكننا قد رأينا أن الواجب الأدنى لا يرقى إلى منزلة الالتزام

(١) أنظر فى هذا المسمى Cendrier ، آثار الالتزام الطبيعى فى مواجهة الدائنين المدينين رسالة مقدمة إلى جامعة باريس ١٩٣٢ ، نبذة ٤٢ وما بعدها — ساجان مرقس ، المرجع السابق نبذة ١٥ .

(٢) أنظر : السهورى ، نبذة ٤٠٠ — اسماعيل هام ، نبذة ١٤٧ .

الطبيعى ، إلا إذا وصل إلى تلك المنزلة فى الوعى العام للعجاجة^(١) . والآداب العامة للعجاجة تأبى أن يقوم الفرد بأداء واجب لا يحتمه عليه إلا الضمير ، إذا كان فى أدائه هذا تعطيل لوفائه بالواجبات التى يحتم القانون عليه القيام بها فضلاً عن الضمير . فالأهم يقدم على المهم . وعلى ذلك فإذا كان المدين معسراً ، فإن واجبه الأدنى ، لا يرتقى أصلاً إلى منزلة الالتزام الطبيعى^(٢) . فإذا قام بأدائه ، حتى بحسن نية ، اعتبر متبرعاً بما يؤدى ، وحق لدائنيه أن يطعنوا فيه على هذا الأساس بالدعوى البولييسية^(٣) .

١٥ - تعهد المدين بأداء الالتزام الطبيعى يتضمن التزاماً مدنياً

وفائه

رأينا أن الأثر الرئيس للالتزام الطبيعى يتركز فى أن أداء هذا الالتزام من المدين عن يئنه واختيار يعتبر وفاء له ، وليس تبرعاً ولا دفعا لغير المستحق . فقولنا للالتزام الطبيعى أثر آخر ، مؤداه أن تعهد المدين بأدائه يتضمن الالتزاماً مدنياً .

ويحدث هذا التعهد عادة فى الحالة التى يرغب فيها المدين أداء التزامه الطبيعى ، ولكنه لا يؤديه حالاً لسبب أو لآخر ، فتتعهد بأدائه فيما بعد أو يعلق هذا الأداء على شرط قد يتحقق فى المستقبل . ومثال ذلك أن يتعهد شخص بالإفراق على امرأة طلقها لغير ما سبب جنته ، وأن يتعهد التاجر

(١) راجع ما سبق ، بنية ٨ .

(٢) ويسرى هذا الحكم حتى فى الحالة التى ينص فيها القانون على اعتبار واجب أدبى معين التزاماً طبيعياً ، كما هو الشأن بالنسبة إلى حالة الدين المدنى الذى يسقط بالتقادم . إذ القانون يبنى ما قيام الالتزام الطبيعى على اعتبار قيام الحالة المادية ، وهى حالة اقتدار المدين .

(٣) ولكن لا يجوز هنا الطعن فى أداء الالتزام الطبيعى على أساس أنه يتضمن هبة لم ترد فى الشكل الرسمى . لأن الهبة هنا تقبى تحت ستار عقد آخر (المادة ٤٨٨ / ١) ، هو عقد الوفاء بالقرام طبيعى .

المفلس، الذي يصطلح مع دائنيه على أن يتركوا له قدراً من ديونهم، بأن يني لهم بهذا القدر إذا ما صلح حاله^(١).

وقد أراد المشرع أن يقر هذا الأثر التقليدي للالتزام الطبيعي، قضى في المادة ٢٠٢ بأنه : « الالتزام الطبيعي يصلح سبباً للالتزام مدني » . وهذه صياغة معيبة ، كما سنوضحه بعد قليل .

وغنى عن البيان أن الذي يؤخذ به في الاعتبار هنا هو التعهد بأداء الالتزام الطبيعي . ولا يسوغ القول بوجود هذا التعهد ، إلا إذا ظهر بوضوح أن نية المدين قد انصرفت إلى أن تجعل من الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً يجبر قضاء على تنفيذه . فلا يكفي مجرد اعتراف المدين بوجود الالتزام الطبيعي في ذمته^(٢) . وإذا قام شك حول ما إذا كانت نية المدين قد انصرفت حقيقة إلى التعهد بوفاء الالتزام الطبيعي ، وجب تفسير هذا الشك لمصلحة المدين (المادة ١٥١/١) ، والقول بالتالي بعدم وجود ذلك التعهد .

ويلزم لصحة التعهد بالالتزام الطبيعي نفس الشروط التي بينها عند الكلام في اعتبار أداء هذا الالتزام وفاء به . فيجب أن يكون ثمة التزام طبيعي ، وأن يتعهد المدين بأدائه تعهداً صحيحاً وفقاً للقواعد العامة ، وأن يحصل منه هذا التعهد وهو على يدته من أمر الالتزام الطبيعي ، وأن يحى منه هذا .

(١) على أنه يلزم هنا ، بطبيعة الحال ، أن يصدر التعهد من التاجر المفلس وهو حر مختار . فإذا ثبت أنه أعطى هذا العهد ، لكي يصل من وراءه إلى أن يرضى دائنيه الصلح فلا يعتبر عهده هنا متضمناً التزاماً مدنياً . إذ لا يمكن القول هنا بأنه قصد إلى التعهد لكي يرجع صيره بأداء الالتزام الطبيعي .

(٢) وقد كانت المادة ٢٠٨ من المرسوم النهائي ، التي تقرر قاعدة أن التعهد بوفاء الالتزام الطبيعي يتضمن التزاماً مدنياً ، تحول : « الالتزام الطبيعي إذا اعترف المدين به ، يصلح سبباً للالتزام مدني » . وعند مناقشة هذا النص في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، أثارت عبارة : « إذا اعترف المدين به » شبهة أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي ينقله إلى التزام مدني . فحذفت تلك العبارة دفناً لهذه الشبهة . وأثبت في محضر الجلسة « أن مجرد الاعتراف لا يصح » أن يكون وحده سبباً كافياً لتحويل الالتزام من طبيعي إلى مدني » . أنظر مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المدني ، ج ٢ ص ٥٥٤ .

التعهد طوعاً واختياراً ، وأن يقصد به الوفاء بالالتزام الطيعي . ويتحتم توافر هذه الشروط ، برغم أن المادة ٢٠٢ التي تتكلم عن التعهد بوفاء الالتزام الطيعي لا تصرح بها . ذلك لأن المادة ٢٠١ تستلزمها عند أداء الالتزام الطيعي فعلاً ، فهي ضرورية من باب أولى عند التعهد بهذا الأداء مستقبلاً .

إذا توافرت كل هذه الشروط ، صح التعهد بأداء الالتزام الطيعي ، على اعتبار أنه يتضمن التزاماً مدنياً . ويرتب على ذلك أن المدين يجب على وفاء العهد الذي قطعه على نفسه . فالالتزام الطيعي الذي كان القانون يقتصر على تقرير وجوبه في ذمته أصبح ، نتيجة التعهد بوفائه ، التزاماً مدنياً يشمل ، إلى جانب عنصر الوجوب ، عنصر المسؤولية ، أي عنصر الجبر والإلزام .

١٦ - كيف التعبير بأداء التزام الطيعي

رأينا أن التعهد بأداء الالتزام الطيعي يتضمن التزاماً مدنياً . ونريد أن نكيف هذا الحكم ، أي نرده إلى أصل قانوني .

وفي هذا المجال ، يوجد رأى قال به الفقه القديم ، مؤداه أن التعهد بوفاء التزام طيعي يتضمن تجديداً لهذا الالتزام بآخر مدني . وهذا الرأي منتقد في الفقه الحديث . إذ أن التجديد يقوم على إحداث تغيير في الالتزام ، أن يستبدل به آخر يختلف عنه في محله أو في مصدره أو في أحد طرفيه الدائن أو المدين (المادة ٣٥٢) . أما في حالتنا ، فلم يتناول التغيير إلا صفة الالتزام ، فقد أصبح مدنياً بعد أن كان طيعياً . وفي غير ذلك فالالتزام يبق على حاله ، محلاً ومصدراً وأطرافاً . ثم إن تجديد الالتزام بتغيير الدين يتطلب موافقة الدائن والمدين ، في حين أنه مسلم بأن التعهد بوفاء الالتزام الطيعي يصح على اعتبار أنه يتضمن التزاماً مدنياً ، بمجرد إظهار المدين رغبته في قيامه ، دون حاجة لقبول يصدر من الدائن .

وأما فعود هذا الرأى الأول عن تأصيل التعهد بوفاء الالتزام الطبيعى
تأصيلاً سليماً ، قام رأى ثان يقول بأن الالتزام الطبيعى يصلح سبباً للالتزام
المدينى . وهذا هو الرأى الذى تبناه المشرع بصراحته فى المادة ٢٠٢ . ويندوانا متفقاً
بدوره . إذ أن مؤداه أن يترتب على التعهد بوفاء الالتزام الطبيعى قيام التزام
جديد يتميز بكونه مدينياً . والحقيقة أنه لا ينشأ فى حالتنا أى التزام جديد .
فالالتزام القديم قائم . كل ما هنالك أن صفته قد تغيرت من التزام طبيعى إلى التزام
مدينى ، فتعزز بذلك وتدعم . ولا يوجد ثمة ما يمنع من ذلك ، ما دام القانون
يجيزه ويسوغه . وفى هذا يتشابه التعهد بأداء الالتزام الطبيعى مع إجازة
التصرف القابل للإبطال . فالإجازة لا تنشئ التزاماً جديداً صحيحاً يقوم
الالتزام القابل للإبطال منه مقام السبب ؛ ولكنها تبقى على هذا الالتزام
الآخر ، مطهرة إياه من عيبه ، مغيرة صفته من التزام قابل للإبطال
إلى التزام صحيح .

١٧ - يظهر مما سبق أنه يترتب على الالتزام الطبيعى الآثاران الآتيان :
(١) يعتبر أدؤه من المدين عن يده واختيار وفاء به . (٢) تعهد المدين بأدائه
مستقبلاً يتضمن التزاماً مدينياً .

وهذان هما الآثاران الوحيدان اللذان يعترف بهما قانوننا المصرى .
فلم يعد الالتزام الطبيعى ينتج تحت ظله غيرهما من الآثار التى كان يرتبها
فى القانون الرومانى .

فلا يسوغ للدائن بالالتزام الطبيعى أن يتمسك بوقوع المقاصة القانونية
بينه وبين التزام مدينى يقبل كاهله لصالح المدين بالالتزام الطبيعى^(١) . لأننا لو سلمنا
له بهذه الرخصة ، لكان فى ذلك إجبار للمدين بالالتزام الطبيعى بأدائه

(١) ولكن لا يوجد بطبيعة الحال ثمة ما يمنع المدين بالالتزام الطبيعى من أن يطلب
من القضاء تقرير وقوع المقاصة القضائية بين الدين الطبيعى الذى عليه والدين الدنى الذى
له . إذ هو فى هذه الحالة يوفى اختياراً دينه الطبيعى مقابل زوال حقه الدنى .

عن طريق انقضاء الحق المدني الذي له ؛ ولا جبر في تنفيذ الالتزام الطبيعي ،
حتى لو حصل بطريق غير مباشر .

ولا يصح كذلك ضمان الالتزام الطبيعي بالكفالة^(١) ولا بالرهن ،
ما بقي طبيعياً^(٢) .

(١) أنظر في عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي مؤلفنا التأمينات الشخصية والمينية ،
نبذة ٤٩ .

(٢) وقد جاءت المادة ٢٧٨ من المشروع التمهيدي تصرح باستبعاد الأثرين اللذين يتناهما
في الآن ، وهما عدم جواز تمسك الدائن بوقوع المقاصة بين حقه الطبيعي وبين دينه المدني وعدم
صحة ضمان الالتزام الطبيعي بالكفالة والرهن . وهي في ذلك تقول : « ١ - لا يقاس
الترام طبيعي في الترام مدني . ٢ - ولا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية
أوعية ما دام التزاماً طبعياً » . وقد حذف هنا الص في لجنة المراجعة ، لأن مضمونه
مجرد تطبيق للقواعد العامة في المقاصة وفي الكفالة . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون
المدني ، ج ٢ ص ٥٠٢ .

الفصل الثاني

آثار الالتزام المدني

١٨ - ترك آثار الالتزام المدني في وجوب تنفيذه وفي مسؤولية المدين عن هذا التنفيذ . فالمدين بالالتزام المدني لا يرى الالتزام يثقل كاهله . ويوجب عليه تنفيذه فحسب ، بل يرى نفسه أيضاً مسؤولاً عن هذا التنفيذ ، بمعنى أنه يسوغ للدائن إكراهه عليه ، بمعونة السلطة العامة . ويرجع ذلك إلى أن الالتزام المدني يحوى عنصرى المديونية والمسئولية كليهما ، كما قدمنا^(١) . وهو في هذا الصدد يختلف عن الالتزام الطبيعي ، حيث لا جبر في تنفيذه . لاقتصاره على عنصر المديونية ، دون عنصر المسئولية ، كما سبق لنا البيان^(٢) .

والأصل أن تنفيذ الالتزام يتم بأداء نفس موضوعه ، أى بالقيام بعين العمل الذى يجب على المدين أدائه ، أو بالامتناع عن نفس العمل الذى يتحتم على المدين الاحجام عنه . وهذا هو التنفيذ العيني للالتزام . وفى بعض الأحيان يستعاض عن التنفيذ العيني للالتزام بأداء تعويض . ويطلق عادة على هذا الإجراء تنفيذ الالتزام بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل . وهكذا ، درج القانونيون على القول بأن تنفيذ الالتزام ينقسم ، من حيث طبيعته ، إلى تنفيذ عيني وتنفيذ بطريق التعويض أو تنفيذ بمقابل^(٣) . وقد تبنت

(١) أنظر ما سبق ، ص ٤ .

(٢) راجع ما سبق ، ص ١٠ وما بعدها .

(٣) وهذا التقسيم يبدو لنا غير منطقي . فالنفيذ الحق للالتزام لا يتصور أن يكون إلا بأداء نفس موضوعه . فإذا لم يؤد هذا الموضوع ، واستعاض عنه بأداء ما يقابله ، فالحال لا يخرج عن أحد فرضين : فإما أن يحصل أداء هذا المقابل بائناً للدائن والمدين ؛ وهنا لا يكون بصدد تنفيذ الالتزام ، ولكن بصدد تجديده بالترام آخر ثم تنفيذ هذا الالتزام الآخر . =

بمجموعتنا المدنية هذا التفسير . فبعد أن فرغت من بيان أحكام الالتزام الطبيعي ، عرضت لبيان آثار الالتزام المدني في فصلين ، خصصت أولهما للتنفيذ العيني ، وثانيهما للتنفيذ بطريق التعويض . ونحن نسير في عرضنا آثار الالتزام على غرار مجموعتنا ، فتكلم أولاً في التنفيذ العيني ، ثم نثني بالتنفيذ بطريق التعويض . على أن استيفاء بيان آثار الالتزام يقتضى منا ، كما فعلت المجموعة تماماً ، أن نعقب بالوسائل التي تكفل للدائن تنفيذ الالتزام .

هكذا يرتسم أمامنا منهاج البحث في آثار الالتزام : فتكلم في مبحث أول ، في التنفيذ العيني ؛ ثم تناول ، في مبحث ثان ، التنفيذ بطريق التعويض ؛ ثم نختم ، في مبحث ثالث ، بالوسائل التي تكفل للدائن تنفيذ الالتزام .

المبحث الأول

التنفيذ العيني

١٩٠ - يقصد بالتنفيذ العيني للالتزام *exécution en nature* أداء نفس موضوعه ، بالطريقة المحددة له . فالتنفيذ العيني للالتزام بتسليم شيء معين يتم بتسليم هذا الشيء . والتنفيذ العيني للالتزام بتشييد دار يحصل بإقامتها بمواصفاتها ؛ وهكذا ...

١٩١ - والتنفيذ العيني للالتزام هو الطريق الطبيعي لأدائه . بل إننا لو أردنا أن نتمشى مع المنطق الصارم للقانون ، لوجب أن نقول أن تنفيذ الالتزام لا يكون إلا عينياً ؛ إذ أن دفع التعويض عند عدم إجراء التنفيذ العيني

وإنما أن يحصل أداء مقابل الالتزام جبراً على المدين بسبب عدم تنفيذه أصل التزامه ؛ وهنا أيضاً لا نكون بصدد تنفيذ الالتزام ، بل على التقى من ذلك ، نكون بصدد عدم تنفيذه وانفعال مسؤولية المدين بسبب امتناعه عن هذا التنفيذ ؛ ففي هذا الغرض ، يدفع المدين التعويض لا على أساس أنه ينفذ الالتزام ، بل بسبب انفعال مسؤوليته عنه لعدم قيامه بتنفيذه .

للالترام ، أو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض ، لا يعتبر في الحقيقة تنفيذاً للالترام ، ولكن مجرد جزاء يتحمل به المدين ، نتيجة شغل مسؤوليته ، بسبب امتناعه عن تنفيذ التزامه^(١) .

وترتب على ذلك نتيجة بالغة الأهمية ، وهي أن التنفيذ العيني يقع بمثابة الشيء الذي يثبت للدائن اقتضاؤه بصفة أساسية ، ولا يصح التحول عنه إلى التعويض ، ما بقي ممكننا ، ما لم يتفق الدائن والمدين على ذلك إن صراحة وإن ضمناً . فلا يسوغ للدائن أن يطلب من المدين أن يدفع له تعويضاً ، مادام المدين يعرض التنفيذ العيني الكامل لالتزامه^(٢) . ولا يسوغ ، من ناحية أخرى للمدين ، بغير موافقة الدائن ، أن يعرض ، لإبراء ذمته من الالتزام ، أن يدفع عنه التعويض المناسب ، ما بقي التنفيذ العيني ممكناً ، في غير إرهاب ، أي عنت شديد له . فأداء الالتزام لا يمنح خياراً للدائن وحده ولا للمدين وخده في أن يتمسك بالتنفيذ العيني أو بالتعويض ، أيهما يراه له أنفع ، بل هو يقوم أساساً على الأمر الأول ، الذي لا يسوغ العدول عنه إلى الثاني بغير موافقة الطرفين كليهما ، إلا إذا كان هذا الأمر الأول غير ممكن ، أو في الأقل ، كان يفضي إرهاباً للمدين من غير أن تحتمة مصلحة الدائن .

٢٠ - سبل الوصول إلى التنفيذ العيني لالتزام

عرفنا أن التنفيذ العيني هو الصورة الطبيعية لأداء الالتزام ، وأنه لا يسوغ ، عند إمكان إجرائه ، أن يستعاض عنه بالتعويض بغير موافقة الدائن والمدين . ولكن كيف السبيل إلى الوصول إليه ؟

(١) أنظر ماسبق ، هامش ٣ ص ٣٧ .

(٢) بل أنه يحتم رفض طلب الدائن التعويض ، إذا لم يثبت تمذر حصوله على التنفيذ العيني لالتزامه . ونعني مع هذه الفكرة ، قضت محكمة النقض برفض دعوى أفلتها امرأة على زوجها ، وطالبت فيها بالحكم عليه بقيمة متقولاتها ، على أساس أنها لم تثبت ضياعها أو تمذر الحصول عليها ، وأنه كالت يبنى عليها أن تطلب الحكم أساساً بتقليدها متقولاتها عيناً ، فإن تمذر ذلك ، كان لها أن تطلب الحكم لها بقيمتها (نقض مدني ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢ ، مجموعة النقض ص ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧) .

يوجد ، للوصول إلى التنفيذ العيني للالتزام ، سيلان : فهو إما أن يتم برضاء المدين واختياره ، وإما أن يتم جبراً عليه . وهكذا ينقسم التنفيذ العيني ، بالنسبة إلى طريقة حصوله ، إلى تنفيذ عيني اختياري وتنفيذ عيني جبري أو قهري . ولا صعوبة بالنسبة إلى النوع الأول ؛ لأنه يتم برضاء المدين واختياره ، كما قدمنا . أما النوع الثاني ، وهو التنفيذ القهري ، فيدق الأمر بعض الشيء بالنسبة إليه ؛ فلكونه يتم جبراً وقسراً على المدين ، فإن المشرع لا يسمح به في كل الحالات ، وإنما يعلق حصوله على شروط معينة ؛ ونتناول هذه الشروط فيما يلي :

٣١ - شروط التنفيذ العيني القهري

• تناول المادة ٢٠٣ الشروط التي يجب توافرها ، حتى يتيسر للدائن الحصول على التنفيذ العيني للالتزام ، جبراً على المدين ؛ وهي في ذلك تقضي بأنه : ١ - يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للبائدين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكناً . ٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرفاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .

ومن هذا النص بين أنه يلزم ، لحصول الدائن على التنفيذ العيني للالتزامه جبراً على المدين ، توافر الشروط الآتية :

١ - يجب أن يكون التنفيذ العيني ممكناً . فإذا كان مستحيلاً ، امتنع طلبه . وسواء في هذا أن تكون استحالة التنفيذ العيني راجعة إلى خطأ المدين ، أم إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ؛ مع ذلك الفارق وهو أنه يسوغ للدائن ، في الحالة الأولى ، أن يقضي من المدين تعويضاً على أساس انشغال مسؤوليته بسبب عدم وفائه بالالتزام ، في حين أنه لا يكون له ، في الحالة الثانية ، أن يرجع على المدين بشيء ما ، نظراً لانتفاء الالتزام بالكلية (المادة ٣٧٣) .

ومن الأمور التي يجب توافرها لاعتبار التنفيذ العيني ممكناً ، وجوب ألا يكون ، في إجراءاته جبراً على المدين ، أى اعتداء على حريته . ويترتب على ذلك أنه إذا تطلب أداء الالتزام تدخلاً شخصياً من المدين ، كما هي الحال بالنسبة إلى التزام الرسام برسم صورة ، وإلى التزام المحاضر بإلقاء محاضرة ، وإلى التزام الممثل بالتمثيل في رواية ، وأبى المدين أن ينفذ التزامه باختياره ، فإنه لا يسوغ إجباره على التنفيذ العيني . لأن مثل هذا الإجبار يتضمن بالضرورة اعتداء على حريته ، فضلاً عن أنه يقع في الغالب غير منتج في وفاء الالتزام .

٢ - يجب ألا يكون في إجراء التنفيذ العيني إرهاب للمدين . ولا يقصد هنا بالإرهاب مجرد العسر أو الضيق ، إنما يقصد به العنت البالغ الشديد . فإن كان من شأن إجراء التنفيذ العيني أن يسبب الإرهاب للمدين ، بالمعنى الذي حددناه ، كان لهذا الأخير ، كقاعدة عامة ، أن يتفاداه بدفع التعويض التقدي المناسب .

بيد أن حق المدين في الاستعاضة بالتعويض عن التنفيذ العيني ، إذا كان مرهقاً له ، ليس مطلقاً . إذ هو مقيد بشرط يجب توافره . ومؤدى هذا الشرط ألا يكون من شأن العدول عن التنفيذ العيني والاقتصار على التعويض دونه أن يلحق بالدين ضرراً فادحاً جسدياً . فالقانون ، وإن راعى مصلحة المدين ، إذا كان التنفيذ العيني يسبب له العنت الشديد ، إلا أنه لا يضحى بمصلحة الدين بصفة مطلقة ، فهو لا يضحى بهذه المصلحة إلا في حدود الضرر البسيط دون الضرر الجسيم . وهكذا يلزم هنا إجراء الموازنة بين مصلحة المدين في تجنب التنفيذ العيني ومصلحة الدين في اقتضائه . وإذا ظهر على ضوء تلك الموازنة أن من شأن التنفيذ العيني أن يسبب للمدين العنت الشديد ، في حين أن الاستعاضة عنه بالتعويض لا تحمّل الدين ضرراً ، أو لا تحمله إلا بضرر يسير ، في هذه الحالة ، يسوغ للمدين أن يدرك عن نفسه التنفيذ العيني بعرضه دفع التعويض التقدي الذي يحدده القاضي . أما إذا كان من شأن العدول عن

التنفيذ العيني إلى التعويض أن يسبب للدائن ضرراً جسيماً ، ما ساغ للمدين أن يطلبه ، ولزم أن نرجع إلى الأصل ، وهو ثبوت الحق للدائن في اقتضاء التنفيذ العيني ، مهما ترتب عليه من ضرر للمدين . وتقدير ما إذا كان من شأن التنفيذ العيني أن يسبب الارهاق للمدين أو لا يسببه ، وما إذا كان في الاستعاضة عنه بالتعويض إلحاق ضرر فادح بالدائن من عدمه ؛ هذا التقدير يدخل في رحاب الوقائع ، ولقاضي الموضوع فيه القول الفصل .

ونلفت النظر إلى أن مجرد كون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين لا يحول دون إجرائه . فهو لا يعدو أن يمنح المدين رخصة في أن يدرأه عن نفسه في مقابل التعويض التقدي المناسب ، بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر جسيم للدائن . فيجب على المدين أن يتمسك بتلك الرخصة . ولا يسوغ للقاضي أن يحكم بمضمونها من تلقاء نفسه . كما أنه لا يسوغ للدائن أن يتمسك بتلك الرخصة ويطلب الحكم على المدين بالتعويض ، على أساس أن التنفيذ العيني مرهق للمدين ؛ إذ أن تلك الرخصة مقررّة للمدين وحده .

ويلاحظ أن ثبوت الرخصة للمدين في أن يدرأ عن نفسه التنفيذ العيني المرهق بالتعويض ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، يلاحظ أن ثبوت تلك الرخصة للمدين لا يعدو أن يكون تطبيقاً لفكرة الاستعمال غير المشروع للحق ؛ تلك الفكرة التي تحظر استعمال الحق إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (المادة ٥ ب) . فللدائن الحق في إجراء التنفيذ العيني للإلزام . ولكنه يعتبر أنه يتجاوز نطاق حقه هذا ، إذا صمم على إجراء التنفيذ العيني ، رغم أن المدين يعرض عليه ، في مقابله ، التعويض التقدي المناسب ، وذلك في الحالة التي يترتب فيها للمدين ، بسبب إجراء ذلك التنفيذ ، ضرر فادح ، لا يتناسب البتة مع النفع الذي يعود على الدائن بسبب استلزام حصوله .

ومن التطبيقات التشريعية للرخصة الثابتة للمدين في أن يدرك عن نفسه التنفيذ العيني المهرق بدفعه التعويض بالقيد الذي حددناه ، ما جاء في المادة ١٠١٨ ، بصدد القيود التي تحد من حق مالك العقار في الداء عليه . فيعد أن قررت هذه المادة ، في فقرتها الأولى ، اعتبار هذه القيود حقوق ارتفاق ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره ، جاءت في فقرتها الثانية تقضي بأنه : « وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينا ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك » . فمخالفة قيود البناء ، سواء أكانت معتبرة حقوق ارتفاق أم مجرد التزامات شخصية ، لا تحتم بالضرورة الإزالة ، أى التنفيذ العيني . وإنما يسوغ للقاضي ، بناء على طلب صاحب البناء ، أن يقتصر على الحكم عليه بالتعويض ، إذا رأى لذلك مبرراً . وهو يجد هذا المبرر ، إذا رأى في الإزالة عتياً شديداً لصاحب العقار ، دون أن يكون من شأن درتها بالتعويض إلحاق ضرر جسيم بمن وقعت المخالفة إضراراً بحقه .

٣ - عرفنا أنه يلزم ، لحصول الدائن على التنفيذ العيني جبراً على المدين ، أن يكون هذا التنفيذ ممكناً ، وألا يترتب عليه إرهاب للمدين بالقيد الذي حددناه . ويلزم ، فضلاً عن توافر هذين الشرطين ، شرط ثالث هو ، أن يقوم الدائن بإعذار المدين بوجوب قيامه بالتنفيذ العيني .

ومن السهل تبين علة استلزام الإعذار هنا . فلا يسوغ أن تلجأ إلى جبر المدين على التنفيذ ، إلا بعد أن ثبت أنه قصر في أدائه باختياره ، والإعذار هو الوسيلة القانونية لاثبات هذا التقصير عليه .

ونرجى الكلام في الإعذار إلى ما بعد . وكفينا الآن أن نقول إنه لا يسوغ للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ العيني الجبرى ، إلا بعد إعذار المدين بوجوب قيامه بتنفيذ الالتزام . ويترتب على ضرورة هذا الإعذار أنه إذا

بدأ الدائن رفع الدعوى على المدين بطلب التنفيذ العيني ، ثم جاء المدين
فعرض قيامه به ، اعتبر الدائن متسرعاً في دعواه ، ووجب تحميله مصروفات
الدعوى . أما إذا تأخر المدين في القيام بالتنفيذ برغم رفع الدعوى عليه به ،
اعتبر مسئولاً عن هذا التأخير وتحمل نتيجته ، إذ أن رفع الدعوى يعتبر في
ذاته إغذاراً ، كما سيحى (١) .

٢٢ - كيف يعمل التنفيذ العيني للالتزامات المختلفة

نبينا فيما سبق أن للدائن سبيلين في اقتضاء التنفيذ العيني للالتزام : التنفيذ
الاختياري الذي يقوم به المدين من تلقاء نفسه ، والتنفيذ الجبري أو القهري
الذي يصل إليه الدائن قسراً عن المدين . وبمنا الآن أن نعرض كيفية
حصول التنفيذ العيني للالتزامات المختلفة ، وهذا ما نعلم إليه فيما يلي :

٢٣ - أوجه تنفيذ الالتزام بنقل أو إنشاء الحق العيني

الرد / إذا كان موضوع الالتزام هو إنشاء أو نقل حق الملكية أو أى حق
عيني آخر ، وبعبارة أخرى درج التقليديون على استعمالها ، إذا كان موضوع
الالتزام هو إعطاء شيء معين ، فإن تنفيذه عيناً يختلف باختلاف طبيعة
الشيء المراد إنشاء الحق عليه ، سواء أكان معيناً بذاته أم معيناً بنوعه ،
وسواء أكان منقولاً أم عقاراً ؛ وذلك على النحو التالي :

٢٤ - (١) الالتزام بنقل أو إنشاء الحق العيني على منقول معين بالذات :

إذا كان موضوع الالتزام هو نقل أو إنشاء حق عيني على منقول معين
بالذات ، فإن الحكم يختلف باختلاف ما إذا كان هذا المنقول مملوكاً للمدين
أو غير مملوك له . فإن كان الأمر الأول ، ما وجدت ثمة صعوبة ، إذ أن
الالتزام هنا يتنفيذ عيناً ، فور نشوئه ، ومن تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى أى
إجراءات قضائية . أما في غير هذه الحالة ، فإن الأمر يختلف ، فلو كان المنقول مملوكاً لغير المدين ،
فإنه لا يمكن للمدين أن ينقله من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى أى إجراءات قضائية .

إجراء يقوم به المدين . وفي ذلك تقضى المادة ٢٠٤ بأنه : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عني آخر بنقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات بملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

مثال الحالة التى نحن بصددنا أن يبيع شخص لآخر متقولاً معيناً بذاته ، كسيارة معينة أو كتاب محدد ، حالة كونه يملك ما يبيع . وفى مثل هذه الحالة ، يتولد عن البيع التزام على البائع بنقل ملكية الشيء المبيع ، ثم يتفقد هذا الالتزام ، فور نشوئه ، من تلقاء نفسه ، دون أن يتخذ البائع أى إجراء ما ، الأمر الذى يترتب عليه انتقال الملكية للدائن ، وهو هنا المشتري ^(١) .

أما إذا كان محل الالتزام بنقل الحق العيني هو متقول غير مملوك للمدين ، كما إذا باع شخص سيارة معينة لا يملكها ، فإن هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه عينا ، طالما أن الملكية باقية لغير المدين ، أى طالما أن هذا المدين لم يكتسبها . إذ أنه لا يمكن لفارق الشيء أن يعطيه . وفى هذه الحالة ، لا مفر من أن يقتصر الدائن على التعويض ، ما لم يفضل التمسك ببطان البيع ذاته .

٢٥ - (ب) الالتزام بنقل أو إنشاء الحق العيني على منقول

معين بالنوع : إذا كان موضوع الالتزام هو نقل حق عيني على شيء مثلى ، أى على شيء لم يحدد بذاته ، وإنما ، حدد فقط بنوعه ، كما إذا بعثك عشرين

(١) ويلاحظ هنا أنه إذا باع شخص متقولاً يملكه لآخر ، ثم باعه لمشتري ثان ، وتسلم هذا الأخير المتقول بحسن نية ، أى حاله كونه يجهل البيع الأول ؟ فى مثل هذه الحالة تخلص ملكية المتقول للمشتري الثانى . ولكن ليس معنى ذلك أن التزام البائع بنقل الملكية للمشتري الأول لم يتفقد . فهو قد تفقد بمجرد نشوئه ، وبعبارة أخرى بمجرد انعقاد البيع ، وانتقلت الملكية فعلاً للمشتري الأول ؟ كل ما فى الأمر أن الملكية بعد انتقالها من البائع للمشتري الأول بمقتضى عقد البيع ، عادت وانتقلت من جديد من المشتري الأول إلى المشتري الثانى ، بمقتضى قاعدة الحيازة فى المتقول تسحب الحق .

قطاراً من القطن دون أن أعين تلك الكمية ؛ في هذه الحالة ، لا يتنفيذ الالتزام فور نشوئه . إذ مودى تنفيذه أن تنتقل الملكية من المدين إلى الدائن . ولا يمكن أن يتم هذا الانتقال ، ما دام الشيء المباع لم يحدد ، لسبب بسيط ، وهو أن الحق العيني لا ينشأ على شيء إلا إذا كان معيناً بذاته ؛ ومن ثم لم يتم ، لتنفيذ الالتزام ، أن يتعين الشيء بذاته ؛ والسبيل إلى هذا التعيين هو الإفراز .

وعلى هذا فإن الالتزام ينقل حق عيني على منقول معين بنوعه يتضمن التزاماً بإفرازه فإذا قام المدين بإفراز الشيء طوعية واختياراً ، أو تم هذا الإفراز جبراً عليه في الحالة التي يمكن فيها الوصول إليه بغير تدخله (١) ، يصبح المنقول محدداً بذاته ، وبالتالي ينفذ الالتزام بنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، فور تمام الإفراز .

أما إذا لم يقيم المدين بالإفراز ، ولم يستطع الدائن الوصول إليه جبراً عليه ، كان الدائن في سبيل استيفاء حقه ، أن يلجأ إلى أحد الأمرين التاليين ، أيهما يراه أوفق لمصلحته .

١٩٩٠ - فله أن يحصل على نفقة المدين ، بعد القيام بإعذاره ، على شيء من ذات النوع المتعاقد عليه ، يتفق معه في صفه وفي مقداره ؛ وبذلك يصل إلى التنفيذ العيني لالتزامه .

والأصل أنه يجب على الدائن هنا أن يستأذن القاضي ، بدعوى يرفعها إليه ، يطلب منه فيها السماح له بالحصول ، على نفقة مدينه ، على الشيء المطلوب . ولكن هذا الاستئذان يصبح غير ضروري في حالة الاستعجال ، أي في الحالة التي يترتب فيها للدائن ضرر كبير من جراء تأخره في استيفاء حقه . والدائن هو الذي يقدر حالة الاستعجال هذه ، مع خضوع تقديره لرقابة القاضي .

(١) ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص مقدراً معلوماً من قطن أو قطن لازال موجوداً في مكان بهل الوصول إليه بشر تدخل البائع ، كما لو كانت في شقة أحد البنوك أو في الخقل .

فإن رأى القاضى أنه لم يكن ثمة داع للتعجل ، وأن التضاضى عن استئذان القضاء لم يكن له بالتالى ما يبرره ، كان له أن يقطع من المبالغ التى أنفقها الدائن فى سبيل الحصول على الشيء ، والذى يطالب بها المدين ، ما يدفع عن هذا الأخير الخسارة التى من شأن تسرع الدائن أن يحمله بها .

٢ - والأمر الثانى الذى يجوز للدائن أن يلجأ إليه ، هو أن يطالب المدين بقيمة الشيء . وفى هذه الحالة يستعوض الدائن عن التنفيذ العينى بالتنفيذ بمقابل .

هذان هما الأمران اللذان ثبت للدائن الخيار بينهما ، إذا لم يقم المدين بإفراز الشيء الذى التزم بنقل ملكيته . فإما أن يحصل ، على نفقة المدين ، على شيء من النوع ذاته متفق فى الصنف والمقدار ، وإما أن يطالب المدين بقيمة هذا الشيء . وسواء اتبع الدائن هذا السبيل أم ذاك ، يكون له فضلاً عنه ، أن يطالب المدين بالتعويض عن كل تأخير فى وفائه بالالتزام . يحىء بعد إعداده . وقد ركزت المادة ٢٠٥ هذه الأحكام بقولها : ١ - إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز الشيء . ٢ - فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال فى الحالتين بمقتضى التعويض .

٢٦ (ج) الالتزام بنقل أو إنشاء الحق العيني على عقار يختلف العقارات ، بالنسبة إلى ترتيب الحقوق العينية عليها بمقتضى التصرف القانونى ، اختلافاً أساسياً عن المنقولات ، من حيث ضرورة شهر هذا التصرف ، بالتسجيل أو التقييد عن حسب الأحوال . فإذا باع شخص ، مثلاً ، عقاره لآخر والتزم بذلك بأن ينقل إليه ملكيته ، فإن هذا الالتزام لا يتنفذ عيناً فور تمام البيع ، وإنما يلزم لذلك إجراء التسجيل .

وإذا كان إجراء التسجيل يقع على عاتق المتصرف إليه (أى الدائن بنقل الملكية) فإنه لا يستطيع إنجازه ، فى الغالب من الحالات ، بغير قيام المتصرف (أى المدين بنقل الملكية) ببعض الأفعال ، كأن يذهب لمكتب التوثيق للتصديق على توقيعه ، إن كان العقد عرفيا ، وكان يقدم مستندات الملكية . ولذلك فإن الالتزام بنقل ملكية العقار أو أى حق عيني آخر عليه يتضمن بذاته الالتزام بإجراء ما يلزم من جانب المدين لتمكين الدائن من إجراء الشهر . فإن لم يقم المدين بما يتحتم عليه لتيسير إنجاز الشهر ، كان للدائن أن يصل إلى التنفيذ العيني ، عن طريق الالتجاء إلى القضاء ، برفع دعوى صحة ونفاذ التصرف ، حتى إذا ما صدر الحكم فى هذه الدعوى لصالحه ، استطاع شهره ، ووصل بذلك إلى الحصول على الملكية أو على غيرها من الحقوق العينية . وهذه هى إحدى الحالات التى يقوم فيها حكم القاضى مقام التنفيذ العيني ، تطبيقاً لما جاء فى المادة ٢١٠ من أنه : « فى الالتزام يعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

٢٧ - تأييد تنفيذ الالتزام بالتسليم

الالتزام بالتسليم شئ هو التزام بعمل ، يقتضى أدائه أن يضع المدين الشئ تحت تصرف الدائن ، بحيث يتمكن هذا من حيازته والإفادة به بدون عائق . ويستطيع الدائن أن يصل إلى التنفيذ العيني لهذا الالتزام جبراً على المدين ، إذا كان من الممكن أن يوضع الشئ بين يديه ، بدون تدخل المدين ، كما لو كان الشئ عقاراً أو منقولاً ظاهراً لم يقم المدين بإخفائه . أما إذا تعذر التنفيذ العيني ، بسبب لزوم تدخل المدين لإجرائه ، فإن الدائن يرى نفسه مضطراً لأن يكتفى بطلب الحكم له بالتعويض .

ونلاحظ أن الالتزام بالتسليم قد يجيء تبعاً لالتزام آخر ، كما أنه قد يتقرر فى ذمة المدين استقلالاً . فالالتزام بنقل الملكية ، مثلاً ، يتضمن بذاته التزاماً بالتسليم الشئ . وكذلك الحال بالنسبة إلى الالتزام بإيجاز عمل معين ،

صنع تمثال أو رسم صورة أو تشييد بناء ، مثلا (المادة ٢٠٧/١) . أما الالتزام بالتسليم الذي يتقرر استقلالا ، فمثاله التزام المستأجر بتسليم العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار ، والزام الوديع برد الوديعة ، والزام المستعير برد الشيء المعار .

ومن الأمور التي تثار ، بصدد الالتزام بالتسليم ، تحديد الشخص الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء . فإذا هلك الشيء قبل تنفيذ الالتزام بتسليمه ، إذا هلك المبيع ، مثلا ، قبل أن يقوم البائع ، مثلا ، بتسليمه للمشتري ، فعلى من تقع تبعه الهلاك ، أتعق على المدين بالتسليم ، أم على الدائن به ؟

لا صعوبة في الأمر إذا وقع الهلاك أو التلف خطأ المدين ، كما إذا أهمل المحافظة عليه ، إذ هو يتحمل تبعه الهلاك هنا ، تطبيقاً للقواعد العامة .

ولكن الأمر يدق بعض الشيء في حالة الهلاك بقوة القاهرة ، زلزال أو فيضان أو انفجار قنبلة ، مثلا . والأصل العام في هذه الحالة أن تبعه الهلاك تقع على الدائن ، كما هي الحال بالنسبة للالتزام بالتسليم الواقع على المستأجر والمستفيد والمودع عنده والوكيل ، حيث تقع تبعه الهلاك على المؤجر أو المعير أو المودع أو الموكل . ولكن في بعض الأحوال الخاصة ، يجعل القانون تبعه الهلاك على المدين بالتسليم ، كما هي الحال بالنسبة لالتزام البائع بتسليم المبيع (المادة ٤٣٧) ، والزام الشريك بتسليم حصته في رأس مال الشركة (المادة ٥١١) .

وسواء أكانت تبعه الهلاك في الأصل على الدائن بالتسليم أم على المدين به ، فإن تلك التبعة ، كقاعدة عامة ، تثقل كاهل المدين إذا تأخر ، بعد إعداده ، عن تسليم الشيء للدائن . وقد أقام المشرع هذا الحكم على قرينة مؤداها : أن تأخير قيام المدين بتسليم الشيء بعد إعداده هو السبب في أن القوة القاهرة قد لحقت به ، وأن هذه القوة القاهرة ما كانت لتصيب الشيء بالضرر ، لو أنه سلم للدائن . بيد أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة ، يستطيع المدين أن يهدمها

ويحول بالتالى دون انتقال تبعة الهلاك إليه ، إذا كانت من قبل تنقل الدائن ، إذا أقام الدليل على أن الشيء كان ليهلاك حتى لو كان قد تسلم بالفعل للدائن ، كما لو كان الشيء الذى التزام المدين بتسليمه قد هلك بسبب فيضان أغرق منزل المدين وأغرق فى نفس الوقت منزل الدائن الذى كان ليضع فيه الشيء لو أنه تسلمه .

وكل ما قلناه بصدد تبعة هلاك الشيء الذى يقوم عليه الالتزام بالتسليم لايسرى بالنسبة إلى التزام السارق بتسليم الشيء المسروق لصاحبه . فقد حمل القانون السارق تبعة هلاك المسروق أو تلفه أو ضياعه فى كل الأحوال ، أى سواء أحصل الهلاك أو التلف أو الضياع بخطئه أم بقوة قاهرة ، وسواء أحصل بعد إعذاره بالتسليم أم قبل ذلك ، وسواء أكان الشيء قد هلك أو ضاع بسبب عدم تسليمه لصاحبه ، أم أنه كان ليهلك أو يضيع ، حتى لو أن سلم إليه . فى كل هذه الأحوال يتحمل السارق تبعة هلاك أو ضياع الشيء المسروق . وقد حملة القانون بها جزاء له على جرمه .

هذه هى أحكام تبعة هلاك الشيء الذى يقوم عليه الالتزام بالتسليم . وقد ركزها المشرع فى المادة ٢٠٧ التى تقضى بأنه : ١ — إذا التزام المدين أن ينقل حقاً عيناً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يتم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن . ٢ — ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة . ٣ — على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق .

٢٨ - ثالثاً : تنفيذ الالتزام بعمل

تكلمنا فيما سبق في كيفية تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني والالتزام بالتسليم . وهذان الالتزامان لا يعدوان في الواقع أن يكونا التزامين بعمل . ولكننا أفردنا لكل منهما بحثاً خاصاً ، بسبب أهميتهما العملية وتميز كل منهما ببعض الأحكام التي تحتاج إلى إظهار . وتتناول الآن كيفية تنفيذ الالتزام بعمل على وجه التعميم والشمول .

والالتزامات التي تقوم على أداء الدين عملاً معيناً لا تنتهي . وهي تختلف في تنفيذها باختلاف طبيعة العمل . ونحن لا نستهدف هنا إلا إظهار القواعد العامة التي تحكم ذلك التنفيذ .

وتنقسم الالتزامات بعمل ، بحسب الغاية التي تستهدفها ، إلى نوعين أساسيين : الزام بغاية أو بالوصول إلى نتيجة ، والزام بوسيلة أو ببذل عناية . ويقصد بالنوع الأول الالتزام الذي يستهدف إنجاز عمل معين كالتزام المقاول ببناء الدار ، والزام الرسام بعمل صورة ، والزام المحامي برفع استئناف عن حكم . أما النوع الثاني ، وهو الالتزام بوسيلة ، فلا يطلب من المدين به أكثر من بذل عناية محددة ؛ وذلك في سبيل الوصول إلى غرض معلوم لصالح الدائن ، دون أن يلتزم بتحقيق هذا الغرض ، كالتزام الطبيب بعلاج مريضه ، والتزام المحامي بالدفاع عن موكله ، وكالاتزام بإدارة شيء أو بالمحافظة عليه .

وَيختلف تنفيذ الالتزام بالضرورة ، باختلاف ما إذا كان التزاماً بنتيجة أم التزاماً ببذل عناية .

فإذا كان الالتزام من النوع الأول ، فإنه لا يعتبر أنه قد تنفذ إلا بتحقيق الأمر المطلوب ، تشييد الدار بمواصفاتها أو رسم الصورة أو رفع الاستئناف ، في الأمثلة التي سبق ذكرها .

أما إذا كان الالتزام من النوع الثاني ، فإنه يعتبر أنه قد تنفذ إذا بذل المدين ، في سبيل الغاية المقصودة من الالتزام ، القدر الكافي من العناية ، حتى لو لم تتحقق تلك الغاية . فالطبيب ، مثلا ، لا يلتزم ألا يبذل العناية في علاج مريضه في سبيل تحقيق الشفاء له ؛ ويعتبر التزامه هذا أنه قد تنفذ ، إذا ثبت أنه باشر في العلاج القدر المطلوب من العناية ، حتى لو لم يقدر للمريض الشفاء . والقاعدة أن القدر اللازم من العناية يتحدد بمدى ما يبذله منها ، في نفس الظروف ، الشخص المعتاد ، أى الشخص الذى يبذل من العناية في رعايته الأمور ما يبذله سواد الناس وجمهورهم . وقد يختلف القدر اللازم من العناية عما يبذله الرجل المعتاد ، زيادة أو نقصانا ، إذا نص القانون^(١) أو قضى الاتفاق بذلك ، مع ملاحظة أن المدين يبقى دائما مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسم ، حتى إذا تضمن الاتفاق إعفائه من المسؤولية في هذه الحالة (المادة ٢١١) .

وأيا ما كان نوع الالتزام بعمل ، فإن تنفيذه يقع جائزا ، حتى لو حصل من غير المدين ، مالم ينص الاتفاق على وجوب قيام المدين بنفسه بأداء العمل ، أو كان من شأن طبيعته الالتزام أن تستوجب ذلك ، كما هي الحال بالنسبة إلى التزام رسام معين بعمل صورة ، والالتزام بالعلاج من طبيب روعيت كفاءته الشخصية . وإذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (المادة ٢٠٨) ، كما يجوز له أن يقبله منه .

(١) فقد ينص القانون على قدر أكبر من العناية التى يبذلها الرجل المعتاد ؟ ومثال ذلك ما يقضى به ، بصدد التزام المستير بالمحافظة على الشيء المأجر ، من أنه يجب على المستير أن يبذل في المحافظة على الشيء الناية التى يبذلها في المحافظة على ماله ، دون أن يتزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (المادة ٦٤١) . وقد ينص القانون على عناية أقل من عناية الرجل المعتاد ؟ ومثال ذلك ما يقضى به بصدد التزام الوكيل بلا أجر في تنفيذ الوكالة ، حيث لا يطلب منه أن يبذل في هذا التنفيذ أكثر من الناية التى يبذلها في رعاية شئونه الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك بأزيد من عناية الرجل المعتاد (المادة ٧٠٤) ؟ ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى التزام المودع عنده بالمحافظة على الشيء ، إذا كانت الوديعة بشئ أجر (المادة ٧٠٢) .

وإذا لم يقيم المدين بتنفيذ العمل الذى يقوم عليه التزامه ، وكان من الممكن أداء هذا العمل بغير تدخله الشخصى ، ساع الدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى أداء هذا العمل على نفقة المدين ، بل أن له أن يستغنى عن هذا الترخيص فى حالة الاستعجال (المادة ٢٠٩) .

٢٩ - رابعاً : تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل
كثيراً ما يكون موضوع الالتزام هو وجوب امتناع المدين ، لصالح الدائن ، عن عمل معين ، كان يستطيع إتيانه لولا الالتزام . ومثال هذه الحالة التزام بائع المتجر بعدم فتح متجر آخر مماثل فى نفس المحل ، حتى لا ينافس به المشتري فى تجارته ، والزام شخص بعدم البناء فى أرضه متجاوزاً حداً معيناً فى الارتفاع أو فى رقعة البناء ، والزام الطبيب أو المحامى بعدم إفشاء سر المهنة ، والزام المستأجر بعدم إجراء تغيير فى العين المؤجرة بغير إذن المؤجر إذا كان من شأنه أن يحدث ضرراً لهذا الأخير (المادة ٨٠ هـ) ، والزام الشخص بالأبلا يغلو فى استعمال ملكه إلى الحد الذى يلحق بالجار ضرراً غير مألوف (المادة ٨٠٧) .

ويعتبر الالتزام بالامتناع عن عمل متنفذاً عينياً ، طالما أن المدين لا يقوم بالعمل الممتنع عليه . فإذا قام بهذا العمل ، كان مخلاً بالتزامه . وفى هذه الحالة يلزم بتعويض الدائن عن الضرر الناجم له من جراء هذا الإخلال .

وكما أن الأصل فى تنفيذ الالتزام أن يتم عينياً ، فإن الأصل فى التعويض عند الإخلال به ، أن يكون عينياً أيضاً . ويكون التعويض العيني ، عند الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل ، بإزالة ما وقع مخالفاً له . فإذا أقام المالك ، مثلاً فى أرضه جداراً عالياً من شأنه أن يحجب الهواء والضوء والنظر عن ملك جاره ، مخالفاً بذلك التزامه بعدم الغلو فى استعمال ملكه إلى الحد الذى يلحق بجاره ضرراً فادحاً غير مألوف ، كان لهذا الجار أن يطلب إزالة الجدار ، ويتحقق له بتلك الإزالة تعويضه تعويضاً عينياً .

فيكون ويلزم للحكم بالتعويض العيني، كما يلزم تماماً بالنسبة إلى التنفيذ العيني، أن تكون إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام ممكنة وألا يترتب عليها إرهاب المدين، في الحالة التي يمكن فيها الاستعاضة عنها بالتعويض بغير إلحاق ضرر جسيم بالدائن. فإذا كان التعويض العيني غير ممكن، كما إذا أفشى الطيب أو الحامي سر المهمة، أقتصر حق الدائن على حصوله على التعويض النقدي. ويسرى نفس الحكم إذا كان التعويض العيني بإزالة الشيء الذي أجرى مخالفاً للالتزام بالامتناع عنه، ممكناً، ولكن كان من شأنه أن يترتب عليه إرهاب كبير للمدين، دون أن يمتدده الضرر الفادح عن الدائن. ومثال هذه الحالة الأخيرة أن يقوم شخص ببناء مصنع ضخم في حي مخصص لسكنى العلية من الناس، مخالفاً بذلك التزاما يفرضه القانون عليه بالامتناع عن الغلو في استعمال ملكه إلى الحد الذي يلحق بالجيران ضرراً فادحاً غير مألوف؛ فهنا تقع الإزالة ممكنة مادياً، ولكن من شأن إجرائها إلحاق عنت بالغ شديد بصاحب المصنع، في حين أنه يسوغ الاستعاضة عنها بدفع تعويض نقدي للجيران من غير أن يلحقهم ضرر جسيم، ولذلك يجوز للقاضي ألا يحكم بإزالة المصنع، ويقتصر حق الجار المتأذى على التعويض النقدي.

وإذا كانت إزالة الأمر الذي وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل ممكنة بغير إرهاب للمدين، ولم يجرها هذا الأخير، ساغر للدائن أن يقوم بها على نفقة المدين، أي أن يجرها بمصروفات من عنده، ثم يرجع هذه المصروفات على المدين، وذلك دون إخلال بحقه في التعويض النقدي عن الضرر الذي حدث له من جراء الإخلال بالالتزام. على أنه لا يسوغ للدائن أن يقوم بالإزالة على نفقة المدين، إلا بعد الترخيص له من القضاء بذلك، عن طريق دعوى يرفعها إليه (المادة ٢١٢). ويسرى نفس الحكم حتى في حالة الاستعجال بخلاف ما رأيناه عند إجراء التنفيذ العيني للالتزام بنقل حق عيني على منقول معين بالنوع، وللالتزام بالعمل عموماً. والسبب في ضرورة إذن القضاء حتى في حالة الاستعجال، لقيام الدائن بإزالة ما وقع من المدين إخلالاً بالتزامه.

بالامتناع عنه ، أن تلك الإزالة تتضمن شيئاً من العنف ، فأراد المشرع ألا يترك أمر الالتجاء إليها لتقدير الدائن^(١) .

٣ - تنفيذ الالتزام بحسن نية

يذافيا سبق كيفية تنفيذ الالتزامات المختلفة . وأياً ما كان نوع الالتزامات أو طبيعتها أو مصدرها ، فإنها تخضع جميعها لمبدأ أساسي واحد ، وهو وجوب تنفيذها بحسن نية . ويقصد بحسن النية هنا كل ما يستوجه شرف التعامل ونزاهته ، وفقاً للعرف والعدالة ، وبحسب طبيعة الالتزام . وقد تضمنت المادة ١٤٨/١ هذا الحكم بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العقد بقولها : « ١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » . ومن المسلم أن هذا المبدأ يسرى أيضاً على جميع الالتزامات الأخرى .

وحسن النية في تنفيذ الالتزام مطلب من المدين والدائن على السواء . فيجب على كل منهما أن يحجم عما يتنافى مع شرف التعامل ونزاهته ، وأن يتعاونوا في سبيل إتمام هذا التنفيذ بأقل كلفة على المدين وبأكثر نفع للدائن ؟

٣١ - وسائل الكراه المربين على التنفيذ العيني

يذافيا فيما سبق كيفية تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً . ويظهر مما عرضناه في هذا الصدد أنه يتعدى على الدائن الوصول إلى هذا التنفيذ في بعض الأحوال ، لا سيما إذا كان تدخل المدين الشخصي لازماً لإجرائه ولم يقدمه . وإذا كان الدائن يستطيع في هذه الحالة أن يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض ،

(١) كان المروع التمهيدى ، في المادة ٢٨٩ منه يسمح للدائن ، في حالة الاستعجال ، بأن يزيل نفسه ماوقع عائقاً للالتزام بالامتناع عن عمل ، بدون حاجة إلى ترخيص من القضاء . ولكن هذا الحكم حذف في لجنة المراجعة ، نظراً لأنه قد يقترب عليه اضطراب بحسن تنجبه (أنظر مجموعة الأعمال التوضيحية للقانون المدني ج ٢ ص ٥٣٤ وما بعدها) .

إلا أن مصلحته قد تقتضى أن يتم هذا التنفيذ العيني . من أجل ذلك يقرر القانون بعض الوسائل لإكراه المدين على القيام به ، مادام ذلك ممكناً .

وقد كان القانون الرومانى يمنح الدائن وسيلة عنيقة لإكراه المدين على الوفاء بالتزامه . وهذه هى وسيلة الإكراه البدنى . وقد مكن لتلك الوسيلة عند الرومان أن المدين فى شريعتهم كان يسأل عن دينه ، لا فى ماله فحسب ، بل فى شخصه أيضاً . وكان من شأن هذا النظام أن تثبت للدائن على شخص مدينه سلطة بلغت ، فى العصور الأولى من عهد القانون الرومانى ، من القسوة جداً مروعا . فقد كان يسوغ للدائن أن يسترق مدينه المماطل ، بل كان له فى بعض الأحيان أن يقتله ويقتسم أشلاءه مع غيره من الدائنين . ومع سير الزمن ، تخففت قسوة الإكراه البدنى فى القانون الرومانى ، فاقصر حق الدائن ، عند عدم وفاء مدينه بالتزامه ، على طلب وضعه فى السجن ، بشرط أن يقدم نفقات حبسه .

واتقل نظام الإكراه البدنى *Contrainte par Corps* فى شكله المخفف إلى مجموعة نابليون ، التى أجازت حبس المدين عند عدم الوفاء ببعض الالتزامات التى حددتها . ولكن هذا النظام ألغى فى فرنسا ، بالنسبة إلى الديون المدنية والتجارية ، بقانون ٢٣ يولييه سنة ١٨٦٧ . ولم يعد مسموحاً به فيها إلا فى المواد الجنائية .

والقانون المصرى ، شأنه فى هذا شأن غيره من القوانين العصرية ، يحرم كبداً عام ، الإكراه البدنى ، نظراً لما ينطوى عليه من قسوة بالغة لا تتفق وروح العصر . فهو لا يجزه إلا فى المواد الجنائية^(١) ، ولا يستيفاء بعض

(١) فالإكراه البدنى عن طريق الحبس جائز فى المواد الجنائية ، بالنسبة إلى المبالغ المحكوم بها والناتجة عن الجريمة ، لاسيما مبالغ الرأمة والمصروفات والرد والتعويضات للحكومة ، بشرط ألا اهل سن المحكوم عليه عند ارتكاب الجريمة عن ٥ اسنة ، وإلا يوقف تنفيذ الحكم . ومن شأن حبس المحكوم عله أن تبرا ذمتهم الرأمة وحدها ، دون مبالغ المصروفات =

الديون المترتبة ، في نطاق الأحوال الشخصية ، وهي ديون النفقة وأجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن^(١) .

وإذا استبعد قانوننا المصري ، كبدأ عام ، فكرة الاكراه البدني كوسيلة للضغط على المدين وحمله على وفاء الالتزام ، فإنه لجأ ، في هذا السبيل ، إلى وسيلة أخرى ، تنفق وروح العصر ، لأنها تقوم على تهديد المدين ، لا بأذى يلحق شخصه ، ولكن بدفع جزء من ماله ؛ وهذه هي وسيلة التهديد المالي أو الغرامة التهديدية ، كما يشيع نعتها . ونتناول بالتفصيل أحكام هذا النظام وذلك فيما يلي :

٣٢ — التهديد المالي أو الغرامة التهديدية

التهديد المالي أو الغرامة التهديدية Les asireintes وسيلة غير مباشرة تستهدف الضغط على المدين عن طريق الحكم عليه بمبلغ من المال ، لحمله على القيام بالتنفيذ العيني للالتزامه ، إذا كان هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به بنفسه . ولم ينص القانون الفرنسي ولا قانوننا المصري القديم على هذه الوسيلة . ولكن القضاء ابتدعها تحت ظلهما . وجاء قانوننا

= والرد والموضات ، وذلك على أساس عمرة فروش عن كل يوم (أنظر في كل هذا المادة ٥١١ وما بعدها من قانون الإجراءات الجنائية) . وكذلك يجوز الاكراه البدني للضغط على مرتكب الجريمة وحمله على دفع التويض المدني الذي يحكم به للمجني عليه ، إذا ثبت لصحة الجنائية اقتضاه ، وأمرته بالدفع فلم يمثل . ففي هذه الحالة ، يجوز لصحة الجنائية أن تأمر بحبس المحكوم عليه ، حتى يوفى التزامه ، بشرط ألا تزيد مدة حبه على ثلاثة أشهر (أنظر المادة ٥١٩ من قانون الإجراءات الجنائية) .

(٢) وفي ذلك تقضى المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بأنه « إذا اتهم المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي بدأرتها على التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمثل ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلاً ، فإنه يحل سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق العادية » .

الحال فتضمن النص عليها ، دون أن يفعل في ذلك أكثر من أن يقتن ما جرى عليه القضاء من قبل .

والتهديد المالى أو الغرامة التهديدية أو الغرامة المالية ، كما تسمى أحياناً ، نظام مؤاده أن يحكم القاضى ، عندما يظهر له عناد المدين فى عدم إجراء التنفيذ العيني برغم إلامه به قضاء ، بأن يدفع للدائن مبلغاً من المال عن كل فترة زمنية تأخر فيها عن أدائه ، كساعة أو يوم أو أسبوع أو شهر ، أو عن كل مرة يقع فيها الاخلال بالالتزام ، وذلك على سبيل للضغط عليه وحمله على القيام بالتنفيذ العيني .

والغرامة التهديدية لا تكون إلا بحكم يصدر من القضاء . فهى لا تجىء عن طريق الاتفاق . فإذا اتفق الدائن والمدين على أن يدفع هذا الأخير مبلغاً من المال عند عدم وفائه بالالتزام ، ما كنا بصدد غرامة تهديدية ، وليكن بصدد شرط جزائى ، أى تعويض اتفاقى ، ويسرى حكمه الذى سنبينه فيما حينه .

ونتناول نظام الغرامة التهديدية ، مبينين شروط الحكم بها ، وخصائص هذا الحكم وأثره ، وذلك فيما يلى :

٣٣ - شروط الحكم بالغرامة التهديدية

تبين المادة ٢١٣ الشروط الواجب توافرها ، لىك يستطيع القاضى الحكم على المدين بالغرامة التهديدية . وهى فى ذلك تقضى بأنه : ١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم يلام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامته تهديدية إن امتنع عن ذلك . ٢ - وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين المنتهع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعية للزيادة .

وهكذا يلزم ، للحكم بالغرامة التهديدية ، توافر الشروط الآتية :

١ - يجب أن يكون هناك التزام يقبل كاهل المدين . فإن لم يكن ثمة التزام ما ساع الحكم بالغرامة التهديدية . فلا يجوز الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمل المدين على الحضور إلى المحكمة ؛ لأنه لا يوجد التزام أم قانونى عليه بذلك ؛ وإنما تتبع هنا الأحكام التى يقضى بها ، فى هذا الصدد ، قانون المرافعات . ولا يجوز كذلك الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمل شخص على ذكر أسماء من اشتركوا معه فى ارتكاب جريمة ؛ لأن القانون لا يلزمه بهذا الفعل . ويجب أن يكون الالتزام مدنياً . فالتهديد المالى لا يسوغ لحمل المدين بالالتزام طبعى على وفائه . فهو وسيلة غير مباشرة لجبر المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، والالتزام الطبعى لا جبر فى تنفيذه .

٢ - يجب أن يكون التنفيذ العيني ممكناً فى ذاته ، أى بغض النظر عن تدخل المدين الشخصى لأدائه . وهذا شرط بدئى . إذ أن الغرامة التهديدية لا تعدو أن تكن وسيلة لحمل المدين على القيام بنفسه بالتنفيذ العيني . فإن كان هذا التنفيذ مستحلاً ، أصبحت الغرامة التهديدية غير ذات موضوع ؛ فلا تقوم . ويسرى هذا الحكم ، حتى لو كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين ؛ ففي هذه الحالة يقتصر حق الدائن على التعويض النقدي . أما إذا كانت استحالة التنفيذ العيني للالتزام راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فتكون الغرامة التهديدية غير ذات موضوع من باب أولى ، لانقضاء الالتزام أصلاً .

٣ - والشرط الثالث الذى يجب توافره للحكم بالغرامة التهديدية ، هو أن يقضى بالتنفيذ العيني للالتزام التدخل الشخصى للمدين ، لإمكان حصوله ، أو فى الأقل ، لوقوعه ملاماً للدائن . فالغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين وإكراهه على أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه . فإن كان من المتيسر الوصول إلى هذا التنفيذ جبراً عليه بغير تدخله ، من غير أن يلحق الدائن ضرراً ، ما كان للغرامة التهديدية مبرر .

وعلى هذا لا يسوغ الحكم بالغرامة التهديدية على المدين بمبلغ من النقود؛ لأن التنفيذ العيني لهذا الالتزام ممكن بغير تدخل المدين، عن طريق الحجز على أمواله وبيعها واستيفاء الدين من ثمنها. وكذلك لا يسوغ الحكم بالغرامة التهديدية على بائع العقار لحمله على التصديق على إمضائه على البيع العرفي لتيسير تسجيله؛ إذا أن المشتري وسيلة أخرى يستطيع بها الاستغناء عن تصديقه؛ وهذه الوسيلة هي رفع دعوى صحة ونفاذ البيع ثم تسجيل الحكم الصادر فيها. ولا يسوغ أيضاً الحكم بالغرامة التهديدية على الملتزم بعمل إصلاحات معينة إذا كان من المتيسر إجراؤها بغير تدخله، إذ يستطيع الدائن هنا أن يقوم بنفسه بتلك الإصلاحات ثم يرجع بنفقتها على المدين.

ويتغير الوضع بالنسبة إلى الالتزام بتقديم حساب أو مستندات، إذ لا يستطيع الدائن الوصول إلى التنفيذ العيني بغير تدخل المدين، ومن ثم يجوز الحكم بالغرامة التهديدية لحمله على هذا التنفيذ. وكذلك يجوز الحكم بالغرامة التهديدية لحمل الملتزم بإخلاء عين على تنفيذ التزامه عيناً؛ لأن الإخلاء يقتضى تدخله. ويجوز أيضاً الحكم بالغرامة التهديدية على الملتزم بالامتناع عن عمل لحمله عن الإجماع عنه؛ ومثال ذلك حالة تعهد مثل ألا يعمل في فرقة أو في شركة معينة، إذ يجوز هنا الحكم على هذا الممثل بالغرامة التهديدية عن كل مرة يخالف فيها التزامه، وذلك لحمله على احترام تعهده وتنفيذه تنفيذاً عينياً. المهم في كل هذا هو أن مناط الحكم بالغرامة التهديدية هو لزوم تدخل المدين لإمكان حصول التنفيذ العيني أو لوقوعه ملائماً للدائن.

٤١ — ويلزم في النهاية، للحكم بالغرامة التهديدية، أن يطلبه الدائن. فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، وإن ذهب بعض الفقهاء إلى غير ذلك.

هذه هي الشروط اللازمة توافرها للحكم بالغرامة التهديدية. فإن توافرت،

ساغ للقاضي ، بعد أن يحكم على المدين بالتنفيذ العيني ، أن يحدده لأجلا لأدائه .
وأن يقضى بالزامه بالغرامة التهديدية عن كل فترة تالية يحددها ، لا يمثل فيها الحكمه .

٣٤ - خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

السمة الأساسية للغرامة التهديدية أنها ليست تعويضاً للدائن عن عدم تنفيذ الالتزام ، كما أنها ليست عقوبة توقع على المدين لعدم قيامه بهذا التنفيذ .
فهي لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة تهديدية لكسر عناد المدين وحمله على الرضوخ والإذعان لمقتضى التزامه . وقد تقلح هذه الوسيلة ، فينفذ المدين التزامه ، وقد تقبل ، فيبقى المدين على عناده . وهذه هي السمة الأساسية للغرامة التهديدية . وهي تضمن على الحكم بها الخصائص الآتية :

١ - لا يراعى القاضي في تحديده مدى الغرامة التهديدية مقدار الضرر الذي ينال الدائن من جراء عدم التنفيذ الالتزام ، بل لا يلزم أن يقع هذا الضرر له أصلاً . فالغرامة التهديدية ليست تعويضاً ، كما بينا ، وإنما مجرد وسيلة لتهديد المدين وإكراهه على الرضوخ والإذعان . ولكي يتحقق هذا المعنى ، يلزم أن يتناسب مقدار الغرامة التهديدية مع موارد المدين ، ومع مدى ما يظهر منه من عناد في تنفيذ التزامه . بل لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يبلغ القاضي بعض الشيء في مقدار الغرامة التهديدية التي يقضى بها ، الأمر الذي يتطلب أن يفعله عملاً . من أجل هذا يقال عن الحكم بالغرامة التهديدية إنه تحكيمي ، بمعنى أنه يقوم على تحكم القاضي بالنسبة إلى تقدير مداه .

٢ - الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم وقفي . فهو لا يجوز حجية الأمر المقضي أبداً . إذ أنه لا يفصل في موضوع الحق ، وإنما يستهدف حمل المدين على التقاضي . وترتب على ذلك أنه يجوز لنفس القاضي الذي أصدره أن يعدل فيه ، بإلغاء الغرامة أو إنقاص مقدارها أو زيادته ، بحسب ما يظهر له من موقف المدين واستجابته لمقتضى التزامه أو استمراره في عناده . فالغرامة التهديدية وسيلة مرنة ، يضع القانون زمامها بيد القاضي ، ليس فقط

عند الحكم بها ، بل بعد ذلك . وفي هذا تقضى المادة ٢١٣/٢ بأنه : «٢» — وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة .

٣ — الحكم بالغرامة التهديدية لا يصلح للتنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . فلا يسوغ للدائن أن ينفذ على مدينه بمتجمد الغرامة التهديدية . بل إنه إذا قام المدين بدفعه من تلقاء نفسه ، حتى له استرداده ، كقاعدة عامة ؛ لا اعتبار أنه دفع شيئاً غير مستحق عليه . إذا أن الحكم بالغرامة التهديدية لم يقرر حقاً للدائن ، بل هو مجرد حكم تهديدى غايته حمل المدين على تنفيذ التزامه .

٣٥ — أثر الحكم بالغرامة التهديدية

بينما فيما سبق أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يصلح للتنفيذ ، وأنه لا يعطى حقاً للدائن فى تلك الغرامة . وإذا كان الأمر هكذا ، فما الفائدة من هذا النظام ، وكيف يفلح فى الوصول إلى غايته من حمل المدين على تنفيذ التزامه ، ما دام هذا يعلم ألا سبيل إلى تنفيذ الحكم بالغرامة عليه ؟

والحق أن نظام الغرامة التهديدية لا يعدم كل وسيلة للضغط على المدين ، وحمله على الرضوخ والإذعان . فإن كان الحكم بها لا يصلح بذاته للتنفيذ ، إلا أنه يجب على القاضى أن يدخل فى اعتباره ، عند تحديده مقدار التعويض الذى يحكم به على المدين بسبب عدم وفائه بالالتزام أو تأخره فيه ، مبدئ العنت الذى بدأ منه فى الاحجام أو التأخر عن هذا الوفاء ، برغم صدور الحكم عليه بالغرامة التهديدية . وفى ذلك تقضى المادة ٢١٤ بأنه : «إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مرعياً فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدأ من المدين .»

فالغرامة التهديدية مجرد وسيلة تهديدية ، كما بينا . وهي تبقى منتجة إلى أن يتكشف نهائياً موقف المدين من تنفيذ التزامه أو استمراره في الإصرار على عناده . وعندئذ تصبح الغرامة التهديدية غير ذات موضوع . ويجب تصفية الأمر برمته . وتحصل تلك التصفية بالتجاء الدائن إلى القضاء ، وطلب الحكم على مدينه بالتعويض ، إستناداً إلى عدم الوفاء بالتزامه أو إلى تأخره في هذا الوفاء . ويقدر القاضي هذا التعويض وفقاً للأساس العادي ، وهو مدى مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا وذلك نتيجة طبيعية للاخلال بالالتزام (المادة ٢٢١) . ثم يضيف إلى مقدار التعويض الذي يصل إلى تحديده على هذا النحو مبلغاً آخر ، نظير العنت الذي لحق المدين في عدم تنفيذ التزامه أو بباطؤه في إجرائه . وهكذا يدخل مدى العنت الذي ظهر من المدين في عدم تنفيذ التزامه أو تأخره فيه ضمن عناصر التعويض الذي يحكم به عليه . « وفي هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامة المالية ومعدل القوة فيه ^(١) . »

المبحث الثاني

التنفيذ مقابل أو التنفيذ بطريق التعويض

٣- يقصد بالتنفيذ بمقابل *exécution par équivalent* أو التنفيذ بطريق التعويض *exécution por voie de dommages-intérêts* ، إعطاء الدائن ، عند عدم إجراء التنفيذ العيني الكامل للالتزام ، ما يقابل الفائدة التي كانت تعود عليه من هذا التنفيذ لو أنه تم ، وما يجنيه الخسارة التي نجمت له بسبب عدم حصوله . وبعبارة أخرى ، يقصد بالتنفيذ الذي يمنح بصده تعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم حصول التنفيذ العيني الكامل لالتزامه .

والتعويض الذي يمنح للدائن ، عند عدم حصول التنفيذ العيني لالتزامه ،

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني ، ج ٢ ص ٥٤٠ .

ما ، لا يعتبر التزاماً جديداً . بل هو لا يعدو أن يكون طريقاً احتياطياً لأداء الالتزام الأصلي ، يقوم مقام التنفيذ العيني عند عدم وقوعه . وبعبارة أخرى أكثر دقة ، لا يعدو التعويض المترتب على عدم إجراء التنفيذ العيني لالتزام معين أن يكون نتيجة انشغال مسئولية المدين بسبب الإخلال بهذا الالتزام . ويترب على أى من هذين التصورين للتعويض نتيجة بالغة الأهمية ، وهى أن التأمينات التى تضمن الوفاء بالتزام معين ، كالكفالة والرهن ، تضمن أيضاً التعويض المترتب على عدم تنفيذه تنفيذاً عينياً أو على التأخر فى إجراء هذا التنفيذ .

٣٧ - معنى عبور الاتجاه الى التنفيذ بطريق التعويض

التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض هو سبيل احتياطى لأداء الالتزام . فالأصل ، كما بينا (١) أن يتم تنفيذ الالتزام عينياً . ولا يستعاض عن هذا التنفيذ العيني بالتعويض ، إلا إذا تعذر إجراؤه أو قبل الدائن والمدين كلاهما التحول عنه إليه . ويمكننا أن نفضل ذلك بالقول بأن تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض يسوغ فى الحالات الآتية :

١ - إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن بفعل المدين (٢) ، مع ملاحظة أنه من بين الحالات التى يعتبر فيها التنفيذ العيني هكذا ، تلك التى لا يكون فيها إجراؤه متيسراً أو ملائماً للدائن إلا بتدخل المدين ولا يقوم هذا به .

٢ - إذا كان التنفيذ العيني ، برغم كونه ممكناً فى ذاته ، مرهقاً للمدين ، وكان من الممكن الاستعاضة عنه بالتعويض بغير إلحاق ضرر جسيم بالدائن .

٣ - إذا اتفق الدائن والمدين كلاهما على الاقتصار على التعويض مكان التنفيذ العيني ، وسواء أن يقع هذا الاتفاق صراحة أو ضمناً . ويعتبر

(١) انظر ما سبق ، بقية ١٩ .

(٢) أما إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب اجنبى عن المدين ، فإن الالتزام ينقضى بالكلية .

إن الاتفاق في هذا الصدد قد تم ضمناً ، إذا طالب الدائن بالتعويض ، ولم يعرض المدين التنفيذ العيني بدلاً منه .

٣٨ - التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير فيه :

رأينا أن التعويض يستهدف رفع الضرر الذي لحق الدائن ، بسبب عدم حصول التنفيذ العيني الكامل للالتزام . ولكي يعتبر التنفيذ العيني كاملاً ، ينبغي أن يقوم المدين بأداء موضوع الالتزام كاملاً في مواصفاته وفي مقداره وفي الأجل المحدد له .

وقد لا يقوم المدين بأداء الالتزام في مجموعه أو في جزء منه ، وقد يؤديه ، ولكن بعد فوات الأجل المحدد . وفي كلتا الحالتين يثبت للدائن الحق في التعويض . ويكون التعويض في الحالة الأولى عن عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً ، وفي الحالة الثانية عن التأخير في هذا التنفيذ . وهكذا ينقسم التعويض ، بحسب الغاية التي يستهدفها ، إلى تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير في إجرائه . مع ملاحظة أن التعويض عن عدم التنفيذ قد يكون كلياً ، وذلك في حالة عدم تنفيذ الالتزام برمته ، وقد يكون جزئياً ، وذلك في حالة اقتصار عدم التنفيذ على جزء من الالتزام .

٣٩ - ضوابط البحث :

يخضع التنفيذ بمقابل ، أو التنفيذ بطريق التعويض ، لقواعد عامة . وتتركز هذه القواعد العامة ، في تولى القاضى تقدير التعويض في طبيعته وفي مدها ، وفقاً لمدى الضرر الذي نال الدائن من جراء عدم التنفيذ العيني أو التأخر فيه ، وتوخياً لإزالة هذا الضرر بقدر الإمكان . وقد يخضع التعويض ، في بعض الحالات لأحكام خاصة . ويرجع ذلك ، إما إلى قيام المتعاقدين بتقدير التعويض وهذا هو التعويض بالاتفاق أو الشرط الجزائي ، وإما لأن الالتزام الذي حصل الإخلال به هو التزام بدفع مبلغ من النقود . وهكذا لزم (م هـ - أحكام الالتزام)

أن نعالج أحكام التعويض في بنود ثلاثة : فنبداً بعرض القواعد العامة للتعويض أو التعويض القضائي ؛ ثم نغيب بالتعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى ؛ ثم نختتم بالتعويض عن الإخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود أو الفوائد .

١ - القواعد العامة في التعويض أو التعويض القضائي

١ - تناول القواعد العامة في التعويض القضائي ، مبينين شروط استحقاقه وكيفية تقديره ؛ وذلك فيما يلى :

٤١ - (أ) شروط استحقاق التعويض

التعويض هو جزاء الإخلال بالالتزام . وقع هذا الإخلال ، إذا قصر المدين ، فلم ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً كاملاً فى الأجل المحدد له . ومن هنا يبرز الشرط الأول لاستحقاق التعويض ، وهو تقصير المدين فى تنفيذ التزامه . على أن هذا التقصير فى ذاته لا يكفي . فلا بد أن ينجم عنه ضرر للدائن ؛ إذ لا دعوى بلا مصلحة . ومن هذه الفكرة ، ينبثق شرطان آخران ؛ هما حصول ضرر للدائن ، وقيام علاقة سببية بين هذا الضرر وتقصير المدين ، بمعنى أن يكون الأول هو نتيجة طبيعية ومباشرة للثانى . هكذا يظهر أن شروط استحقاق التعويض ، ثلاثة أساسية ؛ هى : خطأ المدين أو تقصيره وحصول ضرر للدائن ، وقيام علاقة سببية بين ذلك الخطأ وهذا الضرر . وتناول كلا من هذه الشروط بالتفصيل ؛ وذلك فيما يلى :

٤٢ - الشرط الأول : خطأ المدين أو تقصيره فى الوفاء بالتزامه

القاعدة العامة فى المسئولية هى أنها تؤسس على الخطأ أو التقصير ؛ فإذا اتفق ، ما قامت ، كأصل عام . وعلى هذا فلكي يستحق التعويض على المدين ، وجب أن يثبت عليه التقصير فى أداء التزامه .

ولكن متى يعتبر المدين مقصراً في أداء التزامه؟ يجب لذلك أن تتوافر الأمور الثلاثة الآتية : (١) عدم إجراء التنفيذ العيني الكامل للالتزام أو التأخير فيه . (٢) حصول هذا الإخلال بالالتزام لسبب يعزى للمدين . (٣) استمرار إخلال المدين بالتزامه إلى ما بعد إعداره . ونعرض كلامنا من هذه الأمور تفصيلاً فيما يلي :

٤٣ — أولاً : هـرم إجراء التنفيذ العيني الكامل للالتزام

التعويض ، كما بينا ، هو جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذياً عينياً كاملاً . فالأصل في تنفيذ الالتزام أن يتم عينياً ، أى أن يتم بأداء عين موضوع الالتزام . فإن لم يؤده المدين ، انشغلت مسؤوليته ، ولزمه بالتالى التعويض . وهكذا يبين أن عدم قيام المدين بالتنفيذ العيني للالتزام أو التأخر فيه أمر أساسى لثبوت خطئه أو قصيره ، وهو الشرط الأول لاستحقاق التعويض عليه . وقد أراد المشرع أن ينص على هذا الحكم ، فجاء فى المادة ٢١٥ يقول : « إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينياً حُكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يدر له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه^(١) » .

يظهر مما سبق أن عدم قيام المدين بالتنفيذ العيني للالتزامه أمر ضرورى لثبوت خطئه أو قصيره ، الذى هو بدوره شرط أساسى لاستحقاق التعويض

(١) ويلاحظ على هذا النص عيب فى صياغته أدى إلى قصور فى إبراز المعنى الذى أريد به . فالحكم الذى أريد تضمينه لياه هو تحمل المدين بالتعويض إذا لم يتم بالتنفيذ العيني وتمتد على الدائن الوصول إليه ، من غير أن يكون ذلك راجعاً إلى سبب أجنبى عن المدين . ولكنه جاء يقول إن المدين يتحمل بالتعويض إذا استحال عليه أن ينفذ الالتزام عينياً . وكأن المدين لا يلزم بالتعويض ، إذا كان يمكنه أن يقوم بالتنفيذ العيني ولكنه لم يؤده ، وتمتد على الدائن الوصول إلى هذا التنفيذ ، بسبب أن إجراءاته تتطلب التدخل الشخصى للمدين ، كما هو الشأن فى التزام رسام معين برسم صورة ، أو التزام ممثل بالتشثيل على مسرح معين أو فى فيلم معلوم . وهذا المعنى لم يخطر على بال المشرع ، بطبيعة الحال ، ولا يحسب أن يكون قد أراده .

عليه . ولكي يعتبر التنفيذ العيني حاصلًا ، وبالتالي يتعد الخطأ ثم التعويض عن المدين ، يجب أن يتم كاملاً ، بالنسبة إلى الدكم والكيف والزمن ، وفقاً لما يقتضيه الالتزام . فإذا وقع التنفيذ العيني ناقصاً بالنسبة إلى الدكم ، كأن التزم شخص بإعطاء مائة أردب من القمح ولكنه لم يعط إلا خمسين ، أو ناقصاً بالنسبة إلى الكيف ، كأن تعهد مقول ببناء دار وفقاً لمواصفات معينة فشيدها بمخالفة تلك المواصفات أو بعضها ، أو ناقصاً بالنسبة إلى الزمن ، كأن قام المدين بوفاء التزامه بعد الأجل المضروب له ، في كل هذه الحالات ، يعتبر التنفيذ العيني أنه لم يتم كاملاً ؛ ويعتبر المدين مقصراً في حدود النقص . ويحق عليه التعويض في تلك الحدود .

١٠ - ويلاحظ ، كما سبق أن بينا عند الكلام في كيفية حصول التنفيذ العيني للالتزام^(١) ، أن الفعل الذي يجب أدائه ، لاعتبار الالتزام متنفذاً عيناً ، يختلف باختلاف موضوع الالتزام ، وإن أمكن رد الالتزامات في هذا الصدد إلى النوعين الآتين :

١ - التزام بغاية أو بالوصول إلى نتيجة ، كالالتزام بتشيد دار أو بإصلاحها ، والالتزام بنقل الملكية والالتزام بالتسليم . وفي هذا النوع ، لا يعتبر التنفيذ العيني حاصلًا إلا بإنجاز العمل المطلوب كاملاً وفي ميعاده .

٢ - الالتزام بوسيلة أو ببذل عناية ، كالالتزام بالطبيب بعلاج المريض أو بالتزام المحامي بالدفاع عن موكله في قضية ، والالتزام بشخص بإدارة شيء أو بالمحافظة عليه . وهنا يعتبر التنفيذ العيني واقعاً ، إذا بذل المدين العناية التي يتطلبها القانون ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود من الالتزام .

ويقع عبء إثبات حصول التنفيذ العيني للالتزام على عاتق المدين . فلا يطلب من الدائن أكثر من أن يقيم الدليل على وجود الالتزام . فإن

(١) انظر ما سبق ، بنقطة ٢٢ وما بعدها .

فعل ، حق على المدين ، إذ أراد أن يبعد الحكم عليه بالتعويض بسبب وقوع التنفيذ العيني ، أن يثبت حصوله . وهذا مجرد تطبيق للقاعدة العامة التي تقضى بأن على الدائن أن يثبت وجود الالتزام ، وعلى المدين أن يثبت براءة ذمته منه .

٤٤ - ثانياً : مصول الإقرار بالالتزام بفعل المدين

بينما فيما سبق أنه يلزم ، لثبوت التقصير أو الخطأ على المدين الموجب للحكم عليه بالتعويض ، ألا يتم التنفيذ العيني الكامل للالتزام . بيد أن هذا الأمر وحده لا يكفي . وإنما يلزم فضلاً عنه ، أن ينسب انتفاء التنفيذ العيني إلى المدين ، بمعنى أن يكون راجعاً إلى سبب يعزى إليه . فإن رجع عدم إجراء التنفيذ العيني للالتزام لسبب أجنبي عن المدين لا يولد له فيه ، ما أمكن نسبة الخطأ إليه ، وبالتالي انعدمت مسؤوليته ، وما لزمه التعويض . على أنه يلاحظ أن عدم حصول التنفيذ العيني للالتزام يقيم قرينة قانونية بسيطة على أنه وقع بسبب تقصير المدين . وعلى هذا الأخير ، في سبيل رفع الخطأ عنه ، أن يقيم الدليل على السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين أداء التنفيذ العيني للالتزام في ميعاده . وفي هذا تقضى المادة ٢١٥ بأن المدين يلزم بالتعويض إذا لم يتنفيذ الالتزام عيناً ، « ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يولد له فيه » .

هكذا لا تقوم مسؤولية المدين ولا يتحمل بالتالى بالتعويض إذا أثبت أن عدم حصول التنفيذ العيني يرجع إلى سبب أجنبي عنه لا يولد له فيه . إذ أنه لا يمكن في هذه الحالة نسبة الخطأ أو التقصير إليه ؛ والخطأ أساس المسؤولية ، كإصل عام .

(ويقصد بالسبب الأجنبي الذى يمنع مسؤولية المدين ويرفع عنه التعويض عند عدم التنفيذ العيني للالتزام كل أمر أو حدث يؤدى إلى استحالة هذا

التنفيذ ، كلياً أو جزئياً ، بشرط إلا تمكن نسبه إليه . وهكذا يلزم لقيام السبب الأجنبي ، توافر الشرطين الآتين :

١ - ألا يكون للدين يد في حصوله ولم يكن في وسعه تفاديه أو درء نتائجه ببذل الجهد المعقول .

٢ - أن يؤدي السبب الأجنبي إلى استحالة تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً ، أو إلى استحالة الوفاء به في ميعاده ، مع ملاحظة أن التعويض لا يرتفع إلا في الحدود التي تقع فيها تلك الاستحالة . ويلزم هنا أن يكون من شأن السبب الأجنبي أن يؤدي إلى استحالة أداء الالتزام . فلا يكفي أن يكون من شأنه أن يجعله أكثر إرهاقاً أو أشد كلفة على المدين^(١) .

ويشمل السبب الأجنبي القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ . وفعل الدائن وفعل الغير .

فالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ^(٢) ، كحرب أو ثورة أو فيضان أو غارة جراد التهمت المحصول ، تؤدي إلى رفع المسؤولية عن المدين وإعفائه بالتالي من التعويض ، إذا أدت إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، بشرط أن يتوافر فيها شرطاهما ؛ وهما أن يكون الحدث غير متوقع الحصول ، وأن يكون من المستحيل على المدين دفعه ببذل الجهد المعقول .

وكذلك الحال بالنسبة إلى فعل الدائن . فهو يعتبر سبباً أجنبياً عن المدين يؤدي إلى رفع المسؤولية عنه ، إذا كان قد حال دون أن ينفذ المدين التزامه ، كما إذا منع صاحب الأرض المفاوض من الدخول إليها تنفيذ التزامه بتشييد دار عليها . ويلاحظ أن المسؤولية لا ترتفع بالكلية عن المدين ، إلا إذا كان من شأن فعل الدائن أن يبعد الخطأ تماماً عن المدين . أما إذا كان فعل الدائن

(١) ففي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائماً ، وإن ساء للقاضي أن يرده إلى الحد المعقول ، إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة (المادة ٢/١٤٧) .

(٢) وهما اصطلاحان يقصد بهما معنى واحد عند أغلبية الفقهاء وفي القضاء بوجه عام .

لم يبعد الخطأ تماماً عن المدين ، ولكنه أسهم معه في وقوع الضرر ، فإن المسؤولية لاتزول عن هذا الأخير ، وإنما تتوزع بين الاثنين بنسبة الخطأ الذى وقع من كل منهما ، إعمالاً لفكرة الخطأ المشترك . وفى ذلك تقضى المادة ٢١٦ بأنه : « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه . »

وترتفع المسؤولية فى النهاية عن المدين إذا أثبت أن استحالة تنفيذ الالتزام ترجع إلى فعل الغير ، بشرط أن لا يكون من الممكن للمدين توقعه ولا دفعه ببذل الجهد المعقول . إذ أن فعل الغير يأخذ هنا حكم القوة القاهرة . ومثال هذه الحالة ، أن يلتزم شخص بتسليم بقرة معينة ، ثم يحرق شخص أجنبي عنه ، ويفاجأ بقتلها قبل أن يتم التسليم .

٤٥ - ثالثاً : استمرار الإخلال بالالتزام إلى ما بعد ائذار المدين .
بينما سبق أنه يلزم ، لثبوت الخطأ أو التقصير على المدين ، الذى ينهض شرطاً لتحمله بالتعويض ، ألا يقع التنفيذ العيني الكامل لالتزامه ، وأن ينسب هذا الإخلال بالالتزام إلى فعل المدين ، وليس إلى سبب أجنبي لا يبدله فيه . وإلى جانب هذين الأمرين ، يتحتم ، كقاعدة عامة ، أمر ثالث ، هو ائذار المدين واستمرار إخلاله بالالتزام إلى ما بعد حصوله . وفى هذا تقضى المادة ٢١٨ بأنه : « لا يستحق التعويض إلا بعد ائذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك . »

والائذار demeure إجراء يقصد به وضع المدين الذى لا ينفى بالتزامه فى ميعاده فى موضع الخطيئة أو المقصر . فالقانون ، كأصل عام ، لا يجبر بمجرد عدم قيام المدين بأداء التزامه عند حلول أجله خطأ منه ، مادام المدين يقف منه موقفاً سليماً . إذا أن الدائن ، إذا ما سكنت عن المطالبة بأداء الالتزام ، يعتبر أنه متساهلاً ومتغاضياً عما يقع من المدين من تأخير . وعلى أية حال ، يخول القانون المدين الحق فى تفسير سكوت الدائن على أنه إخلال بالمعهد

فإن سكت المدين بدوره عن أداء الالتزام ، فهو لا يفعل أكثر من أنه يتجاوب مع سلوك الدائن ، ومن ثم فلا جناح عليه . فإذا أراد الدائن أن يضع المدين موضع المقصر في أداء التزامه ، وجب عليه أن يخطره برغبته في اقتضاء دينه جالاً ، وبذلك يقطع عليه سبيل الاعتقاد بأنه متسامح أو متهاون أو غير متعجل في تنفيذ الالتزام . والإعذار هو الطريق القانوني لذلك الإخطار .

١٠. والإعذار ضروري ، كما بينا^(١) ، لحصول الدائن على التنفيذ العيني جبراً (١) على المدين . وهو لازم أيضاً لحصوله على التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض .
وسواء في ذلك أكان التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام ، أو عن التأخر فيه .

٦- كيف يحصل إعذار المدين

تبين المادة ٢١٩ طريقة حصول الإعذار ؛ وهي في ذلك تقضى بأنه :
« يكون إعذار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإذار ، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر » .

وهكذا فالإعذار يتم بالطرق الآتية :

١- الإذار : الإذار هو الطريق العادى للغالب للإعذار ؛ حتى جرى القول على أنه : « من أذار فقد أعذر » . والإذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين ، تعلن للمدين بناء على طلب الدائن . ويجب أن يتضمن الإذار ، لكي يصبح أعذاراً ، رغبة الدائن في اقتضاء دينه ، ووجوب قيام المدين بوفائه في أجل معقول .

(١) انظر ما سبق ، بقية ٢١ .

٢ - ما يقوم مقام الإنذار : كل إجراء يأخذ شكل الإنذار ، أى يأتى فى رقة معلقة بالطريق الرسمى ، ويحقق الغرض منه ، وهو إخطار المدين برغبة الدائن فى اقتضاء حقه ، يصلح سبيلاً للإعذار . وعلى هذا فيصلح للإعذار التنبيه على المدين بالوفاء ، وهو ورقة من أوراق المحضرين تعلن للمدين كقدمة للتنفيذ على أمواله . وكذلك يصلح سبيلاً للإعذار إعلان المدين بمحضّر الحجز على أمواله . ويصلح للإعذار أيضاً إعلان صحيفة الدعوى ، لا ولورفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة . وكثيراً ما يبدأ الدائن الإجراءات ضد مدينه برفع الدعوى عليه ، أى بمطالبته قضائياً . وفى هذه الحالة يقوم إعلان ورقة التكليف بالمحضّر أمام المحكمة مقام الإنذار ، من حيث اعتبار المدين معذراً ، فضلاً عن أنها تبدأ سير المطالبة القضائية ضده . مع ملاحظة أنه إذا قام المدين فى هذه الحالة بتنفيذ التزامه خلال أجل معقول من رفع الدعوى عليه ، ما اعتبر مقصراً وما لزمه التعويض ، لاعتباره منفذاً للالتزام بمجرد إعداده .

٣ - ويلاحظ أن التبليغ الشفوى أو الخطاب ولو كان مسجلاً أو يعلم وصول أو البرقية ، يلاحظ أن كل هذه الأمور وما يماثلها لا تقوم مقام الإنذار فى إيقاع الاعذار ، إلا إذا نص القانون فى حالة خاصة على غير ذلك . لأنه يجب لقيام إجراء ما مقام الإنذار أن يأخذ شكله ، بمعنى أن يعلن إلى المدين بالطريق الرسمى . على أنه إذا اتفق الدائن والمدين على حصول الاعذار بأى إجراء مما سبق ، صح اتفاقهما واعتبر المدين معذراً بالقيام به . لأنه يسوغ الاتفاق ، كما سيبنى بعد قليل ، على اعتبار المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر ؛ فن باب أولى ، يسوغ الاتفاق على حصول الاعذار بوقوع إحدى الإجراءات السابقة .

٣ - حصول الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات . فى بعض الأحوال ، يسمح قانون المرافعات بإعلان أوراق المحضرين عن طريق البريد من تلقاء نفس قلم المحضرين ، كما أنه يجوز الإعلان

بهذا الطريق ، إذا اختاره صاحب الشأن كتابة على أصل الورقة التي يريد إعلان صورتها ، بشرط أن يكون المحل المراد الاعلان فيه هو قلم الكتاب أو مكتب أحد المحامين باعتباره موطناً مختاراً (المادة ١٥ مرافعات) .
وتتلخص إجراءات الاعلان في هذه الحالة في أن « يقدم المحضر صورة الورقة المطلوب إعلانها لمكتب البريد في غلاف محتوم ومبين عليه اسم المرسل إليه ولقبه وموطنه وعنوانه وتوقيع المحضر وبصمة خاتم قلم المحضرين ويؤشر المحضر في ذيل أصل الورقة بأنه سلم أصل صورتها لمكتب البريد على الوجه المتقدم (المادة ١٦ مرافعات) ، ثم يسلم عامل البريد الرسالة للبرسل إليه أو من يحل محله في تسلم الاعلانات الرسمية ، وفقاً لما يقضى به القانون (المادة ١٧ مرافعات) .

٤ — الاتفاق على حصول الاعذار بمجرد حلول الأجل . الإجراءات التي سبق ذكرها لحصول الاعذار ليست من النظام العام . فيسوغ للدائن في المدين أن يتفقا على اعتبار الأخير معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام ، ويبدون قيام الدائن بأى إجراء يتم فيه عن رغبته في اقتضاء دينه . ومن باب أولى ، يجوز كما بينا الاتفاق على حصول الاعذار بإجراء آخر غير ما حدده القانون ، كتبليغ شفوى أو خطاب عادى أو مسجل .

ولزم ، لاعتبار المدين معذراً بقوة القانون بمجرد حلول أجل الالتزام ، أن يحى الاتفاق على ذلك قاطعاً في دلالته ، دون أن يتحم بالضرورة وروده في صورة أو في أخرى . فإن قام شك في الإرادة المشتركة للدائن والمدين ، وجب تفسير هذا الشك في صالح المدين ، تطبيقاً للقاعدة العامة . وتمشياً مع هذه الفكرة ، قضت المحاكم بأن الشرط الذي ينص على أن الدين يصير مستحقاً من تلقاء نفسه بمجرد حلول الأجل ، لا يجعل المدين معذراً بقوة القانون ، ولا يعنى الدائن بالتالى من إنذاره أو باتخاذ ما يقوم مقام الإنذار من إجراءات .

هذه هي الطرق التي يحصل بها إغذار المدين . ويلاحظ أن مجرد حصول هذا الاعذار لا يكفي لمنع المدين بالخطأ والتقصير في تنفيذ التزامه . بل يلزم لذلك أن يستمر إخلال المدين بالتزامه ، إلى ما بعد حصول الاعذار بوقت معقول يحده القاضي وفقاً لظروف الحال ، وذلك ما لم يتفق على اعتبار المدين مقصراً بمجرد حلول أجل الالتزام وبغير حاجة إلى إغذار . إذ أن الغاية من الاعذار ، كما بينا ، هي إخطار المدين برغبة دائته في اقتضاء حقه . ومن ثم يجب أن يترك للمدين الوقت المعقول للاستجابة إلى نداءه ، تمشياً مع مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود المعاملات عامة ، وتنفيذ الالتزامات بوجه خاص .

كما أن إغذار المدين لا يكفي لاثبات قصيرة ، إذا كان من مقتضى الالتزام أن يسعى الدائن إليه لأقتضاء حقه منه ، أو أن يقوم بأى عمل آخر لازم لتكينه من الوفاء بدينه ، ولم يفعل . فالقاعدة العامة في الوفاء بالديون أنه يتم في موطن المدين (المادة ٣٤٧ / ٢) ؛ فإذا لم يسع الدائن بنفسه أو بتأثيره إلى موطن المدين لأقتضاء دينه منه ، ما اعتبر هذا مقصراً في الوفاء بالدين ، حتى لو كان قد سبق اعذاره . وعلى هذا فإعذار المدين لا يفتى عن سعى الدائن إليه ، أو عن قيامه بأى عمل آخر ، إذا كان هذا أو ذلك واجباً لتكين المدين من تنفيذ التزامه .

٤٧ - الملاحظات التي يولزم فيها الموعود

الأصل ، كما بينا أن الاعذار لازم لاعتبار المدين الذي لا يفي بالتزامه عند حلول أجله مقصراً . ولكن في بعض الأحوال ، يقرر القانون عدم ضرورة الاعذار لذلك . وفي ذلك قضى المادة ٢٣٠ بأنه : ولا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية : (١) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . (ب) إذا كان محل الالتزام تعريضاً ترتب على عمل غير

مشروع . (ح) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالالتزام .

وهكذا يقع الاعذار غير ضرورى فى الحالات الآتية :

(١) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص عقاره لآخر ، ويلتزم بذلك بنقل ملكيته إليه ، ثم يبيع نفس العقار لمشتري ثان يسبق فى إجراء التسجيل ؛ فهنا يستحيل تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول ، ويثبت تقصيره إزاءه بدون حاجة إلى إعدار ؛ لأنه هو الذى تسبب بفعله فى استحالة تنفيذ التزامه . ومثال هذه الحالة أيضاً الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل ؛ فإذا أقر المدين العمل الممتنع عليه ، كما إذا لعب الممثل على مسرح برغم التزامه بقفل كاهله ويحظر عليه هذا الفعل ، كان التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بفعل المدين ، ويثبت عليه التقصير ، من غير حاجة إلى إعدار . ومثال الحالة التى نحن بصددنا فى النهاية أن يلتزم شخص بإنجاز عمل معين فى وقت معلوم ، ويفوت المدين هذا الوقت ، ويصبح إنجاز العمل بعد فواته غير مجد للدائن ، كأن يلتزم المحامى بأن يستأنف حكماً فى المدة القانونية ، فتنتضى تلك المدة دون رفع الاستئناف ، وكان يلتزم شخص بتقديم سيارة فى تاريخ معين لاستعمالها فى رحلة ، فلا يقدم السيارة فى الميعاد ، فى هاتين الحالتين وما يماثلهما يصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين ، ويعتبر هذا مقصراً دون حاجة إلى إعداره .

١) فإذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، ما كانت هناك حاجة إلى إعداره لاثبات التقصير عليه . والحكمة من عدم تحميم الإعدار هنا واضحة . إذ الإعدار هو دعوة يوجهها الدائن لمدينه لتنفيذ التزامه ، وإلا حق عليه التعويض . فإذا كان هذا التنفيذ أصبح غير ممكن أو غير

مجد بفعل المدين نفسه^(١)، ما كان لتلك الدعوة معنى .

(ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل غير مشروع .
هنا أيضاً يقرر القانون عدم ضرورة الاعذار . ولعله راعى في هذا أن المدين وقد انحرف في سلوكه عن سلوك الرجل المعتاد ، وأضر بذلك بضحيته لا يستحق أن يفيد من ضمانه الاعذار .

(ح) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . فإذا كان المدين يعلم أن الشيء الذي يلتزم برده مسروق أو أن تسلمه بدون أن يكون له حق فيه ، اعتبر مقصراً بمجرد عدم الوفاء بالالتزام برده في الوقت المعقول ، دون حاجة إلى إعداره بذلك .
وعلة هذا الحكم أن المدين هنا يعتبر سيئ النية ، فلا يسوغ أن يحاط بضمانه الاعذار .

(د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالالتزام . فالغاية من الاعذار ، كما بينا ، هي دعوة الدائن المدين لتنفيذ التزامه الذي حل أجله . فإذا جاء المدين وأفصح عن ارادته في عدم القيام بهذا التنفيذ ، ما كان لدعوته إليه ، وبعبارة أخرى ما كان لاعذاره ، مقتض .

ويلزم هنا أن يحى التصريح من المدين في محرر مكتوب . فلا يكفي أن رد شفاها . وقد رأى بعض الفقهاء غير ذلك ، معللين رأيهم بأن الكتابة التي تضمنها النص متطلبة للإثبات ليس إلا ؛ وخلصوا من ذلك إلى أنه إذا ثبت ، بالإقرار أو باليمين ، أن المدين قد صرح شفاها بعزمه على عدم الوفاء ، ما كانت هناك ضرورة لاعذاره^(٢) . ونحن لا نقر هذا النظر . إذا أنه مبنى

(١) ويلاحظ أنه إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبي عن المدين ، فإن الالتزام ينقضي ويؤول ، ولا تكون هناك حاجة أيضاً إلى الاعذار . إذا العذر يقع بمناسبة تنفيذ الالتزام ؛ والفرض هنا أن الالتزام قد انقضى .

(٢) أنظر في هذا المعنى أستاذنا السهوى ، الوسيط ج ٢ نبذة ٤٦٦ . وقارن اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ج ١ ص ١٣١ - سليمان مرقس ، أحكام الالتزام ، نبذة ٤٩ .

على شيء من التحكم . فلا يوجد في النص ولا في الأعمال التحضيرية التي اكتسفتها ما يؤيده . ثم إن لاستلزام الكتابة لحرمان المدين من ضمانه الإعذار حكمة ظاهرة ، فهي تضفي على التصريح صفة الجدية ، وتبعد عنه مظنة وروده تحت تأثير الغضب المؤقت ، دون الرغبة الصادقة في التقيد به ، وعلى أسوء الفروض ، يمكن القول بأن هناك شكاً في الدور الذي تلعبه الكتابة التي يستلزمها النص ، أي متطلبة لصحة التصريح الذي يحرم المدين من ضمانه الإعذار أم هي متطلبة لإثباته فحسب ، والشك يفسر في مصلحة المدين .

وغنى عن البيان أن المدين لا يحرم من ضمانه الإعذار ، عند تصريحه كتابة بعزمه على عدم تنفيذ التزامه ، إلا بالنسبة للوقت الذي يتلو هذا التصريح . أما بالنسبة إلى الوقت السابق ، فأثر التصريح لا يستند إليه بالضرورة . ويترتب على ذلك أن المدين يسأل في حالتنا عن مدة التأخير في تنفيذ الالتزام التالية لتصريحه ، دون تلك السابقة عليه . إذا أن الإعذار عندلومه ، شرط لثبوت التقصير . ولم ترتفع ضرورة الإعذار إلا عن المدة اللاحقة لتصريح المدين وحدها .

٤٨ — أثر الإعذار

الأثر الرئيسي للإعذار هو دمج المدين بوصفه الإهمال والتقصير في أداء الالتزام ، إذا لم يقم به بعد أجل معقول من حصوله . فقد رأينا أن من حق المدين أن يفسر سكوت الدائن عن مطالبة بحقه ، برغم حلول أجله ، على أنه يتسامح ويتغاضى ولا يتضرر من التأخير في اقتضائه . ولكن الحال يتغير بعد أن يقوم الدائن بإعذار المدين بوجوب أداء الالتزام . إذ لا يكون للمدين بعد ذلك أن يحتج وراء تسامح دائنه وتغاضيه عن التأخير .

هذا هو الأثر الرئيسي للإعذار . ويتفرع عنه عدة آثار تبعية ، هي الآتية :

١ — تحمل المدين بالتعويض عن عدم الوفاء بالالتزام أو عن التأخير فيه، على حسب الأحوال، وذلك على فرض توافر شروط استحقاق التعويض الأخرى.

٢ — تحمل المدين بمصروفات المطالبة القضائية أو الدعوى، حتى لو عرض القيام بالتنفيذ خلال إجراء اتها، فالدائن في حل من أن يرفع الدعوى على المدين لإرغامه على تنفيذ التزامه عينا أو عن طريق التعويض. إذا ما تقاعس عن تنفيذه اختياراً بعد إعداره بوجوب قيامه به. أما إذا رفع الدائن الدعوى على مدينه من غير أن يعذره من قبل، ثم جاء المدين وبأدعاء يعرض الوفاء بالتزامه في أجل معقول، تحمل الدائن بمصروفات الدعوى، لاعتباره متسرعاً في رفعها (١).

٣ — إذا كان موضوع الالتزام هو تسليم شيء، وتقاعس المدين عن أدائه برغم إعداره، تحمل تبعه هلاكه، حتى لو كانت تلك التبعة في الأصل على الدائن. وقد سبق لنا أن عرضنا لهذا الأمر تفصيلاً (٢).

٤٩ — الشرط الثاني من حصول ضرر للدائن

تبيننا فيما سبق الشرط الأول لاستحقاق التعويض على المدين، وهو وقوع التقصير أو الخطأ منه في تنفيذ التزامه، وأنه يلزم، لتوافر هذا الشرط اجتماع أمور ثلاثة، هي عدم إجراء التنفيذ العيني الكامل للالتزام، وحصول هذا الإخلال بالالتزام بفعل يعزى للمدين، وليس نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه، وأن يستمر هذا الإخلال إلى ما بعد إعدار المدين، ما لم يكن هذا الإعدار غير ضروري. والشرط الثاني الذي يلزم لاستحقاق التعويض هو حصول ضرر للدائن.

فالضرر ركن أساسي في المسؤولية، عقديّة كانت أم تقصيرية. فإذا لم يصب

(١) راجع ما سبق، بقية ٢١.

(٢) أنظر ما سبق، بقية ٢٢.

الدائن بضرر من جراء إخلال المدين بالتزامه ، ما كان ثمة تعويض . إذ أن الغاية من التعويض هو إزالة الضرر أو تخفيفه ، على الأقل . فإن لم يكن هناك ضرر ، أصبح التعويض غير ذي موضوع . ومثال ذلك أن يلتزم محام بقيد رهن لصالح موكله على عقار لمدينه ، ولا ينفذ التزامه هذا ، ثم يظهر أن العقار كان من قبل مستغرقاً بالديون ، لدرجة لم يكن يجدى معها قيد الرهن عليه ، لو أنه تم في الميعاد المتفق عليه . ومثال الحالة التي نحن بصددتها أيضاً أن يتأخر القطار بعض الوقت عن ميعاده ، الأمر الذي يترتب عليه إخلال مصلحة السكك الحديدية بالتزامها بتوصيل الراكب في الميعاد المحدد للقطار ؛ فهنا لا يحق للراكب طلب التعويض ؛ ما دام لم يلحقه ضرر من جراء التأخير . أو لم يلحقه إلا ضرر تافه ، إذ التافه يأخذ في القانون حكم المعلوم .

والضرر هو كل خسارة تلحق الدائن وكل نفع يفوته ، بسبب إخلال المدين بالتزامه . وهو ينقسم ، بالنسبة إلى طبيعته ، إلى ضرر مادي ، وهو الذي يصيب الشخص في ماله ، وضرر معنوي أو أدبي ، وهو الذي يصيب الشخص في جسمه أو في شرفه واعتباره أو في عاطفته أو حنانه . والتعويض يكون عن الضرر المادي والأدبي على السواء (المادة ٢٢٢) ؛ دون تفريق في هذا بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية^(١) .

وإذا كان الضرر مادياً كان أو معنوياً ، هو شرط لانشغال مسؤولية المدين ، وبالتالي لاستحقاق التعويض عليه ، إلا أنه ليس معنى هذا أن كل ضرر يصلح لذلك ، وإنما يلزم أن تتوافر فيه الأمور الآتية :

(١) والملاحظ في العمل أن الضرر الأدبي يقل وقوعه نسبياً في نطاق المسؤولية العقدية عنه في نطاق المسؤولية التقصيرية . والسبب في ذلك أن العقود ترد في الغالب من الأمر على الأشياء المادية . ولكن هذا لا يمنع من أن هناك حالات عديدة يقع فيها الضرر الأدبي نتيجة الإخلال بالالتزام التعاقدى . ومن هذه الحالات أن يصاب الراكب في حياته أو في جسمه لإخلالاً بالتزام أمين النقل في توصيله سالماً ، وأن يحل الوديع أو المستمير بالتزامه برد الوديعة أو المارية إذا كان لها عند صاحبها قيمة أدبية رفيعة ، زيادة عن قيمتها المادية .

١ — يجب أن يكون الضرر محققاً . فلا يكفي أن يكون محتملاً ، حتى لو كان احتمالاً قوياً ، ما دام هو لم يقع بالفعل . ولكن إذا كان الضرر محتملاً عند الإخلال بالالتزام ، تم وقع بالفعل بعد ذلك ، حق التعويض عنه ، لاعتباره محققاً عندئذ .

٢ — يجب أن يكون الضرر مباشراً . ويقصد بالضرر المباشر ذلك الذى يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (المادة ١٢٢١) . والمثال التقليدى الذى يبين منه الضرر المباشر وغير المباشر هو ذلك الذى سردته Pothier عميد فقهاء القانون الفرنسى القديم ، ومؤداه أن شخصاً أعار آخر بقرة مريضة بمرض معد ، فوضع المستعير البقرة مع ماشيته التى انتقلت إليها العدوى فنفتت ، فصجز عن حرث أرضه واستغلها ، فلم تأت بمحصول ، ولم يستطع أن يدفع ديونه ، فبيعت عليه أمواله بثمان بخص ، ولحقه الخراب . فهل يسوغ للمستعير هنا أن يطالب المعير بهذه السلسلة التى لا تنتهى من الأضرار ؟ من البدهاة أن الجواب بلا . فالمعير لا يسأل هنا إلا عن الضرر المباشر ، وهو ذلك الذى لم يكن فى وسع الرجل العادى أن يتفاداه ببذل الجهد المعقول ؛ وهو فى حالتنا يقف عند هلاك البقر . أما الأضرار التالية ، فقد كان فى وسع الرجل العادى أن يتفادها ببذل جهد معقول ، كأن يستعير لحرث أرضه أبقاراً أخرى بعد أن نفتت أبقاره هو ، أو أن يؤجر أرضه ، إلى غير ذلك من التصرفات التى تقتضيها ظروف الحال .

٣ — يلزم بالنسبة إلى الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام التعاقدى ، أن يكون متوقعاً وقت إبرام العقد . ومثال الضرر المتوقع وغير المتوقع أن يسافر شخص بحقيبته ، ثم تضع الحقيبة بخطأ يعزى لأمين النقل ؛ فالذى يتوقع عادة هنا أن تحوى الحقيبة ملابس ونحوها دون المجوهرات النادرة ، (م ٦ — أحكام الالتزام)

ولذلك فضياع الملابس ونحوها يعتبر ضرراً متوقفاً يلزم التعويض عنه ،
في حين أن ضياع المجوهرات النادرة يعتبر ضرراً غير متوقع ، ومن ثم فلا
يحق عنها التعويض .

ويلاحظ أنه يراعى ، في توقع الضرر أو عدم توقعه ، مقياس مادي
بمجرد ، أساسه تقدير الرجل المعتاد في نفس الظروف ، وليس مقياساً ذاتياً أساسه
تقدير المدين نفسه . فإذا لم يتوقع المدين شخصياً الضرر ، كأن لم يتوقع المؤجر
أن تكون العين المؤجرة ميكروبات تنقل العدوى للمستأجر وذويه ، فإن
هذا لا يحول دون اعتبار الضرر الناشئ عن هذه الميكروبات للمستأجر
متوقفاً ، لأن الرجل العادي يتوقع هذا الأمر .

ويلاحظ أن توقع الضرر لا يكون لازماً ، لإمكان التعويض عنه .
إلا في نطاق الإخلال بالالتزام التعاقدى ، وبعبارة أخرى في دائرة المسؤولية
العقدية .

فهو لا يلزم في المسؤولية التقصيرية ، حيث يستوى أن يكون الضرر
متوقفاً عند وقوع الخطأ أم غير متوقع ، مادام هو في الحالتين مباشراً .
بل إن القول بضرورة توقع الضرر في المسؤولية العقدية لا يصح إلا على
أساس أنه يتضمن سرد القاعدة العامة . إذ يرد على هذه القاعدة العامة
استثناء هام ، مؤداه مسئولية المدين حتى عن الضرر غير المتوقع ، في حالة الغش
أو الخطأ الجسيم .

هكذا تختلف المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية ، بالنسبة إلى توقع
الضرر أو عدم توقعه . ففي الأولى ، يلتزم المدين دائماً بتعويض الضرر
المتوقع وغير المتوقع . أما في الثانية ، فالأصل أن التعويض لا يكون إلا عن
الضرر المتوقع ، ولا يكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، إلا إذا تضمن
الإخلال بالالتزام غش المدين أو خطأه الجسيم .

يقع عبء إثبات الضرر على الدائن . فالأصل أنه لا يكفي أن يقيم الدليل

على إخلال المدين بالتزامه ، بل يجب عليه أن يقيم الدليل أيضاً على أن هذا الإخلال قدرتب له ضرراً توافر فيه الشروط القانونية الموجبة للتعويض .

٥ - الشرط الثالث : قيام عرقلة السببية بين تقصير المدين والضرر .

الحاصل للدائن

تبيننا فيما سبق أنه يلزم ، لاستحقاق التعويض على المدين ، أن يقصر في الوفاء بالتزامه ، وأن ينجم ثمة ضرر للدائن . وفضلاً عن هذين الشرطين ، يلزم توافر شرط ثالث وأخير ، وهو أن تقوم رابطة السببية بين تقصير المدين والضرر الناجم للدائن ، بحيث يكون الأول هو السبب الذي أدى إلى حدوث الثاني . فإن انتفت تلك الرابطة ، انعدمت مسئولية المدين .

ولا تعدو فكرة عدم ثبوت التعويض عن الضرر غير المباشر أن تكون نتيجة لانتفاء رابطة السببية بين تقصير المدين والضرر الذي يلحق الدائن . فتمشياً مع مبدأ حسن النية الذي يسود المعاملات ، يفرض القانون على الدائن واجباً مؤداه ألا يركن الى تقصير المدين ويستسلم للضرر الناشئ له من أجراءاته ، بغية طلب التعويض عنه فيما بعد ، بل يحتم عليه هذا الواجب أن يعتمد على درء الضرر عن نفسه ببذل الجهد المعقول الذي تتطلبه ظروف الحال . فإن أحجم عن بذل هذا الجهد ، كان بدوره مقصراً ، وكان تقصيره هذا هو السبب الحقيقي لكل ضرر مترتب على إجحامه ، وانقطعت بذلك علاقة السببية بين هذا الضرر وبين تقصير المدين .

٥١ - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية

عرضنا فيما سبق الأحكام التي يقرها القانون ، بصدد شروط استحقاق التعويض على المدين ، نتيجة عدم تنفيذ التزامه . وبهنا هنا أن نحدد ما إذا كان من الممكن الاتفاق على تعديل هذه الأحكام .

والاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية يستهدف أساساً أحد غرضين .

فقد يتغنى به التشديد على المدين ، أى جعل مسئوليته أقسى وأشد من تلك التى تقررهما القواعد العامة . وقد يقصد منه إعفاء المدين من المسئولية إعفاء كلياً أو جزئياً ، أى جعله غير مسئول عما يترتب على الإخلال بالتزامه من نتائج ، أو تحديد مسئوليته عن ذلك .

ولا صعوبة بالنسبة إلى الاتفاق على تشديد المسئولية على المدين . فهو جائز ، فى نطاق المسئوليتين التقصيرية والعقدية على السواء . وقد تبيننا مظهراً لهذا الاتفاق ، حينما رأينا أنه يجوز التراضى بين الدائن والمدين على اعتبار هذا الأخير معذراً بمجرد طول الأجل ، بدون حاجة إلى أى إجراء يقوم به الدائن ، كإصدار أو ما يقوم مقامه . ومن شأن هذا الاتفاق ، اعتبار المدين مقصراً فى الوفاء بالتزامه ، ومسئولاً بالتالى عن تعويض الضرر الحاصل للدائن نتيجة ذلك ، بمجرد حلول أجل الدين دون أداء الالتزام . وذلك فى حين أن مؤدى القاعدة العامة هو عدم ثبوت التقصير على المدين ، إلا بعد أن يعذره الدائن بالإصدار أو بما يقوم مقامه .

ومن مظاهر التشديد فى المسئولية أيضاً ، جواز الاتفاق على اعتبار المدين مسئولاً عن عدم الوفاء بالالتزام أو عن التأخير فيه ، إذ كان هذا أو ذاك راجعاً إلى سبب أجنبي لا يدره فيه ، بخلاف ما تقتضى به القواعد العامة فى هذا الصدد ، على نحو ما بينا (١) . ومثال هذه الحالة أن يرضى أمين النقل المسئولية عن عدم تنفيذ التزامه بتوصيل الركاب أو بضاعته سالماً ، إذا أدى إليه حدث معين ، عاصفة هوجاء أو تصادم أو انفجار ، مثلاً . وفى ذلك تقضى المادة ١/٢١٧ بأنه : « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين على تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة » .

يظهر مما سبق أن الاتفاق على تشديد المسئولية على المدين جائز بصفة مطلقة . والعلة فى جواز هذا الاتفاق أن المدين ، بإخلاله بمقتضى التزامه ،

(١) أنظر ما سبق ، بنية ٤٤ .

يعتبر مقصراً ، ولا يكون بالتالى جديراً بحماية القانون ، الذى يتركه خاضعاً للتشديد الذى يرتضيه .

وإذا كان الاتفاق على تشديد المسؤولية على المدين يقع سائغاً ، فهل يسرى نفس الحكم بالنسبة إلى الاتفاق على إعفائه من المسؤولية ؟
يختلف الوضع فى هذا المجال اختلافاً أساسياً باختلاف نوعى المسؤولية ،
تقصيرية كانت أم عقدية .

فى المسؤولية التقصيرية ، أو المسؤولية عن العمل غير المشروع ، يقع الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية باطلاً بطلاناً مطلقاً ، أياً ما كانت درجة الخطأ الذى يعزى للمدين ، أى حتى لو كان هذا الخطأ يسيراً . والعلة فى ذلك أن تلك المسؤولية تثبت عند إخلال المدين بالتزام يفرضه عليه القانون بصفة مباشرة ، بغية استتباب الأمن والنظام فى الدولة ، وهو عدم الانحراف فى سلوكه عن السلوك الذى يتبعه الرجل اليقظ المتبصر الحريص . وعلى ذلك فالمسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام فى الصميم ، ويقع باطلاً كل اتفاق يستهدف الاعفاء أو التخفيف منها ، حتى فى حالة الخطأ اليسير . وتستوى فى هذا الأمر ، مسؤولية الشخص عن أفعال نفسه وعن أفعال غيره ^(١) . وقد تضمنت المادة ٢١٧/٢ هذا الحكم بقولها : « ٣ — ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع » .

أما فى المسؤولية العقدية ، فالأصل أن الاتفاق على الاعفاء منها جائز .^(٢)

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمفروع التميدى ما يفهم منه جواز الاتفاق على إعفاء المدين ، فى المسؤولية التقصيرية ، من مسؤوليته عن فعل الغير الذين يكلفه القانون برعايتهم حتى لو وصل الخطأ الواقع من هؤلاء إلى مرتبة الفش . فقد جاء فى تلك المذكرة ما يأتى :
« كما أن للأفراد أن يتفقوا على الاعفاء من المسؤولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم بل وعن الفش الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسؤولية تعاقدية أم تقصيرية (مجموعة الأعمال التقصيرية ج ٣ ص ٥٥٣) » . وهذا القول ، وإن صح بالنسبة إلى المسؤولية العقدية ، إلا أنه لا يصح بالنسبة إلى المسؤولية التقصيرية ، لتعارضه مع نص المادة ٢١٧/٣ التى تنهى بطلان كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المفروع .

وعلة هذا الجواز أن العقد هو الذى يولد بنفسه الالتزام الذى يرتب الإخلال به المسؤولية على المدين . فكأن المسؤولية هنا تقرر نتيجة الاتفاق ؛ وما يولده الاتفاق ، يستطيع بنفسه أن يفسخه .

وإذا كان الأصل هو جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التعاقدية ، إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء هام بالنسبة إلى الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من المدين نفسه فى تنفيذ التزامه . فلا يجوز الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن غش المدين أو خطئه الجسيم . والسبب فى ذلك أنه يتنافى مع النظام العام أن يترك المدين فى حل من أن يلجأ ، فى تنفيذ التزاماته ، إلى الغش ، أى إلى الخطأ المتعمد منه ، دون أن يقع تحت طائلة الجزاء^(١) . وقد سوى القانون بالغش الخطأ الجسيم ، لأنه يتضمن فى الغالب من الأمر نية العمد ، وإن تعذر إثباتها .

ولا يقع الخطر ، فى صدد الإعفاء من المسؤولية ، إلا بالنسبة إلى غش المدين نفسه وخطئه الشخصى الجسيم . فهو لا يتناول الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من اتباعه الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزاماته . وهكذا فإن امتنع الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية فى حالة غش المدين نفسه أو خطئه الشخصى الجسيم ، فلا يوجد ثمة ما يحظره فى حالة ما إذا كان الإخلال بالالتزام ناشئاً بسبب خطأ اتباع المدين ، حتى لوصل هذا الخطأ إلى مرتبة الغش أو الخطأ الجسيم . ومثال هذه الحالة ، أن يتفق المؤجر مع المستأجر على عدم مسؤوليته

(١) وقد جرت عادة الفقهاء على أن يفسروا بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقديه فى حالة الغش ، بقوله أنه يترتب على القول بصفة هذا المبرط أن يكون تنفيذ الالتزام متروكاً لمحض إرادة المدين ، الأمر الذى يجعله مقترناً بمبرط واقف محض لإرادى للملتزم (أنظر فى هذا المعنى : أستاذنا السهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٣٩ - سليمان مرقس ، أحكام الالتزام نبذة ٨٧) - ونحن لا نقر هذا التفسير ، ونفضل عليه ذلك الذى أظهرناه فى المتن ، لأنه لو كان من شأن الإعفاء من المسؤولية فى حالة الغش أن يجعل الالتزام مقترناً بمبرط محض لإرادى للملتزم ، لترتب على ذلك بطلان الالتزام نفسه (المادة ٢٦٧) . فى حين أن الإعفاء من المسؤولية هو وحده الذى يطل ، وظل الالتزام قائماً .

عن السرقة التي تقع من البواب^(١) ، وأن يتضمن عقد النقل شرطاً يقضى بإعفاء أمين النقل من الخطأ الذي يقع عن استخدامهم لإضراراً بالراكب أو بالأمته المنقولة .

يخلص مما سبق أن شرط الإعفاء في المسؤولية العقدية ، بخلاف المسؤولية التقصيرية ، يقع في الأصل صحيحاً . ولا يستثنى من هذا الأصل إلا حالة الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من المدين شخصياً في تنفيذ التزاماته ، دون الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من أتباعه . وفي هذا يقضى المادة ٢١٧/٣ بأنه : « ٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تقترب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه » .

ويلاحظ أن المقصود بشرط الإعفاء من المسؤولية الذي تناولناه فيما سبق ، هو ذاك الذي يتفق عليه قبل الإخلال بالالتزام . أما إذا اتفق على هذا الشرط بعد وقوع الإخلال بالالتزام ، فإنه يقع دائماً صحيحاً ، حتى في المسؤولية التقصيرية ، وحتى في حالة الغش أو الخطأ الجسيم . لأن الإعفاء من المسؤولية هنا لا يعدو أن يكون نزولاً من الدائن عن حقه في التعويض بعد أن يكون قد ثبت له ، والنزول عن الحق من صاحبه ، بعد ثبوته ، صحيح كأصل عام . هذه هي أحكام تعديل المسؤولية بمقتضى الاتفاق تشديداً وإعفاء . وغنى

(١) ويلاحظ أن الخلاف قد تثار حول تحديد طبيعة مسؤولية المؤجر عن أفعال أتباعه ، هل تعتبر تقصيرية أم عقدية . ولهذا الأهمية جوهرية عند الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية . فإذا اعتبرت مسؤولية المؤجر تقصيرية ، كان شرط الإعفاء باطلاً . أما إذا كانت عقدية ، كان هذا الشرط صحيحاً حتى في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من أتباع المؤجر (دون حالة الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من المؤجر نفسه) . والرأى الراجح الذي نراه سوابقاً هو اعتبار مسؤولية المؤجر عن أفعال أتباعه الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته نحو المستأجر عقدياً وليس تقصيرية . انظر في هذا المعنى مؤلفتنا عقد الإيجار ج ١ نبذة ١٥٢ وانظر عكس هذا الرأى استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٨ ، ب ٥٠ ص ٨٥ .

عن البيان أنه يلزم ، للقول بوجود شرط يستهدف هذا الغرض أم ذاك ، ان يظهر بوضوح وجلاء أن نية الدائن والمدين المشتركة قد انصرفت إليه ، وفي الحدود التي ترسمها . فإذا وجد ثمة شك في وجود هذا الشرط أوفى مداه ، وجب تفسيره على النحو الذي يتفق مع أحكام المسؤولية وفقاً للقواعد العامة . إذ أن الشرط الذي يعدل من أحكام المسؤولية وفقاً لما يقرره القانون لا يفترض ولا يتوسع في تفسيره^(١) . وتمشياً مع هذه الفكرة ، يجب التحرز في أعمال أثر شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يقصر المدين على تحريره ووضعه في مكان يستطيع الدائن الاطلاع عليه ، كما إذا ضمنه « بوليصة الشحن » أو « تذكرة السفر » أو في ورقة معلقة على جدار غرفة الفندق أو المطعم . فيغلب أن يثور الشك هنا حوله ما إذا كان الدائن قد اطلع فعلاً على هذا الشرط وقبله ، أم أنه لم يفعل ذلك .

لم يبق من أحكام تعديل المسؤولية بمقتضى الاتفاق ، إلا أن نلفت النظر إلى وجوب التحرز من الخلط بين الإعفاء من المسؤولية والتأمين عليها . فكل من هذين النظامين مختلف عن الآخر في غايته . ففي حين أن الإعفاء من المسؤولية يستهدف رفعها عن المدين وإسقاط حق الدائن في التعويض ، برغم وقوع الإخلال بالالتزام ، يستهدف نظام التأمين الإبقاء على مسؤولية المدين إزاء الدائن ، وبقاء حق هذا الأخير في التعويض ؛ كل ما في الأمر أن المدين هنا يلجأ إلى إلقاء عبء مسؤوليته على المؤمن الذي يدفع عنه التعويض لدائنه ، وذلك في مقابل أقساط التأمين التي يدفعها له . وهكذا يظهر أن شرط الإعفاء يضر بالدائن ، في الحالات التي يقع فيها صحيحاً ، بطبيعة الحال . في حين أن التأمين على مسؤولية المدين ينفع دائنائه ؛ إذا أنه يفتح له سيلاً جديداً لاستيفاء التعويض الذي يثبت له ، وهو مطالبة المؤمن به ، وذلك إلى جانب الطريق الأصلي ، وهو مطالبة المدين .

(١) أنظر في هذا المعنى : مؤلفنا عقد الايجار ، نبذة ٩٦ والهامش رقم ٢ ص ١٤٣ .

٥٢ - تقرير التعويض

إذا توافرت شروط استحقاق التعويض التي حددناها فيما سبق ، ولم يكن هناك شرط صحيح يعنى المدين منه ، بقى لحصول الدائن عليه ، أن يتحدد في طبيعته وفي مقداره .

والأصل أن القاضى هو الذى يقدر التعويض في طبيعته وفي مده . ولا يخالف هذا الأصل إلا إذا تحدد التعويض بنص في القانون أو بمقتضى اتفاق صحيح . وفي هذا جاءت المادة ٢٢١/١ في مستهلها تقول : ١٠ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضى هو الذى يقدره وهكذا فالتعويض القضائى هو الأصل ، وكل من التعويض الاتفاقى والقانونى استثناء .

والقاعدة العامة في التعويض أن يتم عينا ، أى أن يستهدف إزالة نفس الضرر الذى لحق الدائن . ويجب على القاضى أن يحكم به ، إذا طلبه الدائن وكان ممكناً من غير إرهابان للدين . ومثال التعويض العيني لإزالة البناء الذى شيدته المدين إخلالاً بالتزام يقضى بامتناعه عن إقامته ، وإغلاق متجر فتحه صاحبه مخالفاً به التزاما يقضى عليه بالامتناع عن فتحه ، حتى لا يسبب لدائنه المنافسة في التجارة . أما إذا كان التعويض العيني غير ممكن أو كان فيه إرهابان للدين من غير أن تحتمه مصلحة الدائن ، ساغ للقاضى أن يجعل التعويض نقدياً ، أى أن يقدره بمبلغ من النقود . والتعويض النقدي هو الغالب في العمل .

١١. ويتحدد التعويض في مقداره بمالحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا وذاك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، بمعنى ألا يكون في وسع الدائن أن يتفاداه ببذل الجهد المعقول (المادة ٢٢١/١) . مع ملاحظة أنه لا يعتد ، عند الإخلال بالتزام التعاقدى ، إلا بالضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، ما لم يكن الإخلال ناشئاً

عن غش المدين أو خطئه الجسيم ، حيث يسأل المدين هنا عن الضرر متوقفاً
كل أن أم غير متوقع (المادة ٢٢١/٢) ، شأنه في هذا شأن المدين في المسؤولية
التقصيرية .

هكذا يبين أن التعويض يتحدد في مقداره بمدى الضرر الذى لحق الدائن ،
بشرط أن يكون محققاً ومباشراً ومتوقفاً في الحدود التى رسمناها ، وسواء
بعد ذلك أن يكون الضرر مادياً أم أدبياً .

٢ - التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى

٥٣ - الأصل ، كما بينا أن القاضى هو الذى يقدر التعويض ، عند
استحقاقه على المدين . وقد يعتمد الدائن والمدين إلى الاتفاق سلفاً على تحديده
بدلاً من القاضى . ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائى ، على اعتبار
أنه يتضمن الجزاء الذى يتحمل به المدين عند الإخلال بالتزامه . والأصل
أن هذا الشرط يقع صحيحاً وينتج أثره ، إعمالاً لقاعدة أن العقد شريعة
المتعاقدين .

والشرط الجزائى clause pénale كثير الشيوع فى العمل ، بالنسبة
إلى الالتزامات الناشئة من العقد . بل إنه يندر عملاً أن نجد عقداً لا يتضمنه .
ومثاله أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً يلزم المفاوض بدفع مبلغ معين من النقود ،
إذا لم ينفذ التزامه بتشديد دار مثلاً ، أو أن يدفع هذا المبلغ عن كل يوم
أو عن كل شهر أو عن أية فترة أخرى من الزمن يتأخر فيها عن تشييد
الدار وتسليمها . ومثال الشرط الجزائى كذلك أن يتضمن عقد البيع شرطاً
يقضى بدفع البائع مبلغاً من النقود ، إذا امتنع عن التصديق على توقيعه تمهيداً
لإجراء التسجيل أو تأخر فى إيجرائه ، وأن يتضمن عقد الإيجار شرطاً يقضى
بقيام المؤجر بدفع مبلغ محدد إذا لم يسلم العين المؤجرة للمستأجر أو تأخر فى
ذلك ، وأن يتعهد بمثل بأن يدفع مبلغاً محدداً إذا مثل على مسرح معين بمخالفة

التزام ينقل كله ويفرض عليه عدم التمثيل عليه ، إلى غير ذلك من ضروب الاتفاق على الشرط الجزائي التي لا تنهاه ولا تقع تحت حصر .

والأصل أن الشرط الجزائي يقوم على إلزام المدين بدفع مبلغ تقديري عند الإخلال بالتزامه . ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقوم على شيء آخر غير النقود ، كما إذا تضمن عقد الإيجار شرطاً يقضي بوجوب إخلاء المستأجر الأرض من الزراعة وتسليمها إلى المؤجر في وقت معلوم ، وإلا كانت الزراعة القائمة في هذا الوقت ملكاً للمؤجر ^(١) ، وكما إذا اتفق على تسيط الدين وعلى حلول كل الأقساط الباقية إذا تأخر المدين في دفع أحدها .

٥٤ - طبيعة الشرط الجزائي وخصائصه

الشرط الجزائي لا يعدو أن يكون تقديرًا اتفاقيًا للتعويض عن عدم تنفيذ التزام معين أو عن التأخر فيه ، يقع قبل الإخلال بالالتزام . فهو لا ينشأ بذاته التزاماً ما ، ولا يستهدف إلا تحديد مقدار التعويض عن الإخلال بالتزام موجود من قبل ، ويحل بذلك محل تقدير القاضي . ومن هذا بين أن الشرط الجزائي يتميز بالخصائص الآتية :

١ - الشرط الجزائي مجرد تقدير للتعويض الذي يثبت في ذمة المدين نتيجة إخلاله بالتزامه . فهو لا ينشأ التزاماً جديداً . فإذا وجد في عقد المفاوضة ، مثلاً ، شرط جزائي يقضي بدفع المفاوض مبلغاً محدداً من النقود عند عدم تسليم الدار التي التزم بتشيدتها في ميعاد مضروب ، وتأخر المفاوض بالفعل في الوفاء بالتزامه ، وتحمل بالمبلغ السابق نتيجة ذلك ، فإنه لا يعتبر مثلاً بالتزام جديد أنشأه الشرط الجزائي في ذمته . فهو لم يتحمل إلا بالالتزام الأصلي ، وهو تشييد الدار وتسليمها في الميعاد المحدد . كل ما في الأمر أنه أدخل بهذا الالتزام

(١) استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ ، الحامد س ٣ ص ٢١٤ .

وانشغلت مسئوليته نتيجة هذا الاخلال ، وتحدد التعويض الذى يتحمله من جراء ذلك ، وهما لما جاء فى الشرط الجزائى .

٢ — لما كانت الغاية من الشرط الجزائى هي مجرد تحديد التعويض المستحق عن الإخلال بالتزام ما ، فهو لا يمكن أن يقوم مستقلاً بذاته ، بل لابد أن يستند فى ذات وجوده إلى ذلك الالتزام . فالشرط الجزائى اتفاق تابع يستهدف خدمة التزام معين ، عن طريق تحديد التعويض المستحق عن الإخلال به . وفى هذا يتشابه مع الكفالة والرهن وغيرهما من التأمينات ، حيث تستهدف بدورها خدمة التزام أصلى ، ولكن عن طريق آخر ، هو ضمان الوفاء به .

ويترب على كون الشرط الجزائى اتفاقاً تابعاً للالتزام الأصلى الذى يستهدف خدمته عن طريق تحديد التعويض المستحق عن الإخلال به ، نتيجة باللغة الأهمية ، وهى أن الأول لا يقوم إلى إذا قام الثانى صحيحاً ، وهى زوال إذا ما زال . وما ذلك إلا أعمال لفكرة التابع يتبع متبوعه ، أو التابع يتبع الأصل . فإذا وقع الالتزام الأصلى باطلاً ، بطل الشرط الجزائى بدوره . ومثال ذلك أن يتعهد شخص لآخر بأن يقتل ثالثاً ، وأن يدفع له ، كشرط جزائى ، ١٠٠٠ جنيه إذا لم ينفذ القتل . هنا يقع الالتزام الأصلى باطلاً ، ويبطل الشرط الجزائى تبعاً لبطالانه لانعدام موضوعه . ومثال الحالة التى نحن بصددھا أيضاً أن يتعهد زوج بأن يدفع لزوجته مبلغاً من المال على سبيل الشرط الجزائى ، إذا ما طلقها ، فهنا يقع تعهد الزوج بعدم طلاق زوجته باطلاً لمخالفته للنظام العام ، ويبطل بدوره الشرط الجزائى .

٣ — وإذا وجد الالتزام الأصلى صحيحاً ثم زال باقضاءه أو بإبطال العقد الذى ولده أو بفسخه أو بزواله لآى سبب آخر ، ترتب على ذلك زوال الشرط الجزائى بالتبعية . ومثال ذلك أن يقرر إبطال أو فسخ عقد المعاولة الذى تضمن شرطاً جزائياً يقضى بأن يدفع المفاوض مبلغاً من النقود إذا أخل

بتنفيذ التزامه ، أو إبطال أو فسخ عقد البيع الذى يتضمن شرطاً جزئياً يحمل البائع مبلغ من النقود إذا لم ينفذ التزامه بنقل الملكية أو بالتسليم ؛ فى مثل هذه الحالة يزول الالتزام الأصلى المخدم بالشرط الجزائى ، ويزول هذا الأخير بالتبعية . وإذا لزم هنا التعويض على الما قول أو على البائع ، كما إذا كان فسخ العقد حاصلًا نتيجة خطئه ، فإنه لا يأخذ فى تحديده بالشرط الجزائى ، لزواله تبعاً لزوال الالتزام الأصلى ، وإنما يعمل فى صدره بالقواعد العامة التى تترك تحديده لتقدير القاضى . وكذلك لا يعمل بالشرط الجزائى ، إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلى بقوة قاهرة . فإذا وجد شرط جزائى يقضى على البائع بدفع مبلغ معين من النقود إذا لم ينفذ التزامه بنقل الملكية للشترى ، وزعت ملكية المبيع للنفعة العامة ، وترتب على ذلك استحاله تنفيذ الالتزام ، فإن البائع لا يكون ملتزماً بدفع قيمة الشرط الجزائى ؛ لأن الالتزام بنقل الملكية هنا يزول لاستحاله تنفيذه بقوة قاهرة ، ويزول الشرط الجزائى تبعاً لزواله .

ويلاحظ أنه إذا أخذ الشرط الجزائى مصير الالتزام الأصلى الذى يستهدف تحديد التعويض عن الإخلال به ، فإن العكس غير صحيح . فمن الممكن أن يطل الأول أو يزول ، مع بقاء الثانى صحيحاً . فإن أخذ التابع مصير المتبوع ، فإن المتبوع لا يمشى فى ركاب تابعه . ومثال هذه الحالة ، أن يتفق على الشرط الجزائى فى عقد لاحق للعقد الذى ولد الالتزام الأصلى ، ويطل العقد الأول لعب خاص به ، دون الثانى . ومثال هذه الحالة أيضاً ، بطلان الشرط الجزائى الذى يقضى بتملك المرتهن العين المرهونة عند عدم وفاء الدين المضمون ، والشرط الجزائى الذى يمنح المرتهن عند عدم دفع الدين المضمون بالرهن ، الحق فى بيع الشيء المرهون من غير اتباع الإجراءات القانونية ؛ فى هذه الحالة ، يطل الشرط الجزائى لعب خاص به ، هو عدم مشروعية موضعه ، ولا يمس هذا البطلان الالتزام الأصلى .

٣ — مادامت الغاية من الشرط الجزائى هى مجرد تقدير التعويض المستحق

عن الإخلال بالتزام ، فهو لا يعمل به إلا عند استحقاق هذا التعويض على المدين . ولما كان الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام ، كما سبق أن بينا ، وأنه لا يلجأ إلى التعويض إلا عند تعذر إجرائه أو اتفاق الدائن والمدين كليهما على الاستعاضة عنه به ، فلا يسوغ للدائن وحده ولا للمدين وحده أن يتحلل من التنفيذ العيني للالتزام ، مادام ممكناً ، عن طريق دفع قيمة الشرط الجزائي . فالشرط الجزائي لا يجعل من الالتزام الأصلي التزاماً تخييراً ، يكون للدائن أو المدين بمقتضاه أن يستأدى أو يؤدي ذات موضوعه أو قيمة الشرط الجزائي ، أيهما يراه أوفق لمصلحته . بل يبقى موضوع الالتزام كما كان من قبل ، ويتحم الوفاء به عيناً ، كأصل عام ، ولا يلجأ إلى إعمال الشرط الجزائي إلا إذا تعذر التنفيذ العيني ، أو ارتضى الدائن والمدين كلاهما الاستعاضة بالأول عن الثاني . فالبيع الذي يتضمن شرطاً جزئياً يقضى بافع البائع مبلغاً من النقود ، إذ لم يتم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية ، لا يتحول هذا الأخير الحق في أن يتصل من التنفيذ العيني لالتزامه عن طريق دفع المبلغ المتفق عليه ، مادام هذا التنفيذ لازال ممكناً وأصر عليه المشتري . وكذلك لا يسوغ للمشتري أن يطالب بقيمة الشرط الجزائي بدلاً من نقل ملكية البيع إليه ، مادام البائع يعرض استعداداً لتنفيذ هذا النقل . وهكذا فالشرط الجزائي لا ينهض وسيلة للتخلل من التنفيذ العيني عند إمكانه . بل يبقى هذا التنفيذ هو الأصل . وللمدين أن يصر على إجرائه دون الشرط الجزائي . وللدائن أن يصر على اقتضائه ، وأن يتخذ الوسائل القانونية التي من شأنها أن تؤدي إليه ، ومن بينها الحكم على المدين بالغرامة التهديدية .

٤ — الشرط الجزائي هو تقدير اتفاق التعويض . فمصدره إذاً هو العقد . ويترتب على ذلك خضوعه من حيث صحته للقواعد العامة التي تحكم العقود .

٥ — الشرط الجزائي هو تقدير التعويض سابق على الإخلال بالتزام . فإذا تم الاتفاق على مبلغ التعويض بعد أن تحقق الإخلال بالالتزام ، ما اعتبر

هذا الاتفاق متضمناً شرطاً جزائياً ، وما أخذ حكمه ، بل اعتبر اتفاقاً من نوع آخر ، يغلب أن يكون صلحاً .

فن أسس الشرط الجزائي أن يحصل الاتفاق عليه مقدماً ، أى قبل أن يخل المدين بالتزامه . ولكن ليس معنى هذا ضرورة أن يجيء الشرط الجزائي معاصراً في نشوئه للالتزام الأصلي الذى يستهدف تحديد التعويض عن الإخلال به ؛ فقد يُلد معه في نفس العقد ؛ وقد يتفق عليه في عقد لاحق ، بشرط أن يتم قبل الإخلال به . وفي هذا تقضى المادة ٢٣٣ بأنه : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ » .

٥٥ — التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

قد يثور اللبس بين الشرط الجزائي وبين بعض الأنظمة الأخرى ، لا سيما الغرامة التهديدية والعربون . ويجب عدم الخلط بين هذه الأنظمة جميعاً ، لاختلاف الحكم في كل .

فالشرط الجزائي يختلف عن الغرامة التهديدية في طبيعة كل منهما وفي مصدرها . فالأول تقدير اتفاقي للتعويض ، كما بينا ، في حين أن الثانية لا تعدو أن تكون وسيلة تهديدية يسلطها القاضى على المدين بقصد الضغط عليه وحمله على تنفيذ التزامه . ويترب على هذا الاختلاف الجوهرى في طبيعة كل من النظامين اختلاف الآثار المترتبة عليهما . وأهم أوجه الخلاف في آثار النظامين ما يأتى :

- ١ — لما كان الشرط الجزائي يستهدف تقدير التعويض عن الإخلال بالالتزام ، تعين طرح حكمه ، إذا أثبت المدين انتفاء الضرر عن الدائن (المادة ٢٢٤/١) . أما الغرامة التهديدية ، فلا يلزم ، للحكم بها ، ثبوت الضرر للدائن ؛ لأن الغاية منها هي مجزء حمل المدين على أداء التزامه .

٢ — يلزم للحكم بقيمة الشرط الجزائي ، أن تكون متناسبة مع الضرر الذى حصل بالفعل للدائن ؛ فإن ثبت أنها تتضمن مبالغة كبيرة ، جاز للقاضى أن يخفضها إلى الحد المناسب . أما فى الغرامة التهديدية ، فلا يلزم إطلاقاً أن يكون القدر الذى يحكم به القاضى منها متناسب مع الضرر ، حتى تتضمن معنى التهديد والإكراه الذى تنفيه .

٣ — الحكم بالشرط الجزائى يجوز حجية الأمر المقضى ، ولا يسوغ للقاضى أن يرجع فيه أو يعدل منه ، إلا فى حدود ما يجيزه طرق الطعن فى الأحكام . لأنه حكم بالتعويض . أما الحكم بالغرامة التهديدية ، فلكونه مجرد حكم تهديدى ، يقع دائماً مؤقتاً ، ويستطيع نفس القاضى الذى أصدره أن يعدل فيه إلغاء أو زيادة أو نقصاناً ، على ضوء ما يبين له من مسلك المدين .

٤ — الحكم بقيمة الشرط الجزائى يجوز تنفيذه ؛ لأنه حكم بالتعويض ، أى حكم بحق . أما الحكم بالغرامة التهديدية ، فغير قابل للتنفيذ ؛ لأنه حكم تهديدى لا يقرر حقاً .

٥٦ — التفرقة بين الشرط الجزائى والعربون

وكما يجب التفرقة بين الغرامة التهديدية والشرط الجزائى ، يلزم أيضاً عدم الخلط بين هذا النظام الأخير وبين العربون . فالحق أن بين الشرط الجزائى والعربون شهما ظاهراً . ويرجع هذا الشبه إلى وحدة المصدر . فكل من النظامين اتفاق النشأة . ولكن عند هذا الحد يقف الشبه ، ويثور الخلاف . فويرتكز هذا الخلاف فى طبيعة كل من النظامين . فالشرط الجزائى تقدير التعويض ، كما بينا . فى حين أن العربون فى العادة هو المقابل الذى يتفق عليه بظهير عدول أحد المتعاقدين عن العقد الذى سبق إبرامه (المادة ١٠٣) . فويرتب على هذا الخلاف الجوهرى فى طبيعة كل من النظامين اختلاف الآثار المترتبة عليهما ؛ وذلك على النحو الآتى :

١ — العربون يمنح المتعاقد الحق في العدول عن الصفقة وعدم التقيد بالالتزامات التي من شأنها أن ترتبها ، وذلك في نظير دفعه للطرف الآخر . وهكذا يثبت للمتعاقد بالعربون الخيار بين أن يتقيد بالعقد ، وأن يعدل عنه . أما الشرط الجزائي ، فلكونه مجرد تقدير للتعويض ، فهو لا يمنح المدين الخيار بين أن ينفذ التزامه وبين أن يتصل منه . فالأصل أنه المدين هنا يبقى ملزماً بالتنفيذ العيني لالتزامه ، ويستطيع الدائن أن يجبره عليه ما دام ممكناً . ولا يعمل بالشرط الجزائي إلا عند تعذر حصول الدائن على التنفيذ العيني ، أو اتفاق الدائن والمدين على الاستعاضة به عنه .

٢ — القسمة المتفق عليها كعربون تعتبر مقابلاً أو ثمناً لحق المتعاقد في العدول عن الصفقة التي أبرمها . فإذا حصل هذا العدول ، كان العربون من حق المتعاقد الآخر ، حتى لو كان غير متناسب مع مدى الضرر الذي حصل له ، بل حتى لو ثبت أنه لم يقع به أى ضرر (المادة ١٠٣/٢) . وهكذا لا يخضع العربون لتقدير القاضي ، بل يتحكم عليه أن يقضى به كاملاً . أما الشرط الجزائي فهو مجرد تقدير للتعويض ، الأمر الذي يقتضي وجوب تناسبه مع الضرر الحاصل الدائن ، كقاعدة عامة . ولذلك يخضع الشرط الجزائي لتقدير القاضي الذي يجب عليه أن يطرح حكمه تماماً وألا يحكم منه بشئ إذا ثبت أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، كما يجوز له أن يخفف قيمته إذا ثبت أن تقديره كان مبالغاً فيه إلى حد كبير .

٥٧ — شروط إعمال الشرط الجزائي

١ — الشرط الجزائي مجرد تقدير اتفاقي لمقدار التعويض الذي يستحق على المدين بسبب عدم أدائه التزامه أو التأخر فيه . فهو لا ينشأ بذاته التزاماً ما يترتب على ذلك أنه يلزم ، لأعمال حكمه ، أن يستحق التعويض على المدين . وذلك ، بطبيعة الحال ، فضلاً عن وجوب صحة الاتفاق الذي يقضى به ، وفقاً للقواعد العامة .

وهكذا يلزم، لإعمال الشرط الجزائي، أن يستحق التعويض على المدين. والتعويض لا يستحق على المدين، إلا إذا توافرت شروطه العامة التي حددها فيها سبق، وهي التقصير والضرر وعلاقة السببية. وقد أشارت المادة ٢٢٣ إلى تلك الشروط بقولها: «يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠» (وهي المواد التي تحدد شروط استحقاق التعويض بوجه عام).

فكما هي الحال في التعويض القضائي، يلزم لإعمال حكم الشرط الجزائي، أن يقع تقصير من المدين في الوفاء بالتزامه. وتسرى هنا نفس الأحكام التي عرضناها فيما سبق بشأن تقصير المدين. ونذكر بأن هذا التقصير، لكي يثبت على المدين، يجب ألا يقع التنفيذ الغشبي الكامل للالتزام، وأن ينسب هذا الاختلال إلى المدين، بمعنى ألا يرجع إلى سبب أجني عنه لا بدله فيه، وأن يعذر الدائن المدين مطالبا إياه بتنفيذ التزامه، ثم يستمر الاختلال بالالتزام إلى ما بعد حصول الاعذار بوقت معقول. وكل هذه الأمور يلزم توافرها لإعمال حكم الشرط الجزائي، فإن اتنى الاختلال بالالتزام، كما وكيفا وزمنا، ما عمل بالشرط الجزائي^(١). ويسرى نفس الحكم، إذا كان عدم تنفيذ الالتزام، راجعا إلى سبب أجني عن المدين. وكذلك يلزم، لإعمال الشرط الجزائي، إعدار المدين، ما لم يكن هذا الاعذار غير لازم.

ويجب لإعمال حكم الشرط الجزائي، أن يترتب على تقصير المدين في الوفاء بالتزامه ضرر للدائن. فإن اتنى الضرر عن الدائن، امتنع التعويض

(١) ويترب على ذلك أنه إذا عقدت الحطبة بين رجل وامرأة، واتفق على أن يدفع من يبدل عنها للطرف الآخر مبلغا من المال على سبيل الشرط الجزائي، فلا يسل بهذا الشرط المحرر المدول عن الحطبة في ذاته لأن المدول عن الحطبة حق متعلق بالنظام العام، ومن يستعمل حقه يحظى بمادام لا يتجاوز لطاقته. ولكن يسل بالشرط الجزائي، إذا ثبت أن الحطاب الذي عدل عن إتمام الزواج قد أساء استعمال حقه في هذا المدول، كما إذا اتنى البرر المعقول لمدوله، بعد أن تمادى في الظهور مع خطيئة أمام الناس.

عن المدين ، وكان الشرط الجزائى الذى يستهدف تحديد مقدار هذا التعويض غير ذى موضوع . وفى ذلك تقضى المادة ٢٢٤/١ بأنه : ١٠ - لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر . .
ويلاحظ أنه يظهر من هذا النص أن ثمة فارقاً بسيطاً بين اشتراط الضرر فى التعويض القضائى وبين اشتراطه فى التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى . ويتعلق هذا الفارق بعبء الإثبات . ففى حين أن عبء إثبات الضرر فى التعويض القضائى يقع على الدائن ، كما بينا ، يتحمل المدين بهذا العبء فى الشرط الجزائى . فالقانون فى الشرط الجزائى يفترض حدوث الضرر للدائن بمجرد الإخلال بالالتزام ، كما يفترض أيضاً أن مداه يتناسب مع قيمة الشرط الجزائى . فإن أدعى المدين انتفاء الضرر عن الدائن أو أنه يقل فى مداه كثيراً عن قيمة الشرط ، تحمل عبء إثبات إدعائه .

ويلزم فى النهاية لأعمال حكم الشرط الجزائى ، أن تقوم علاقة السببية بين تقصير المدين والقدر الناجم للدائن .

٥٨ - أثر الشرط الجزائى

إذا استوفى الشرط الجزائى شروط تطبيقه التى سبق بيانها ، تعين إعمال أثره . ويتركز هذا الأثر فى أن القاضى ، عند إخلال المدين بالتزامه ، يحكم عليه بنفس المبلغ الذى تضمنته الشرط الجزائى . بيد أن هذا الحكم ليس مطلقاً . إذ ثبت للقاضى ، بصدد الشرط الجزائى ، سلطة كبرى ، يستهدف بها التأكد من مجبته متفقاً مع طبيعته ، من حيث أنه لا يعدو أن يكون تقديراً للتعويض عن الضرر الحاصل للدائن من جراء الإخلال بالتزام ، وذلك فضلاً عن عدم مخالفته للقواعد القانونية العامة . وتقوم السلطة التى تثبت للقاضى ، بصدد الشرط الجزائى ، على إمكان تخفيض قيمته أو حتى عدم الحكم بشئ منه ، وعلى إمكان الحكم على المدين بتعويض يزيد على تلك القيمة ؛ وهذا وذاك فى حالات خاصة . وتتناول هذين النوعين من الحالات بالبيان :

٥٩ - (١) مآلات إنقاص قيمة الشرط الجزائي

الغاية من الشرط الجزائي، كما بينا مراراً، هي تحديد مقدار التعويض عن الضرر الذي ينال الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره فيه. فهو ليس إجراء تهديدياً. يترتب على ذلك وجوب أن يتناسب الشرط الجزائي، في قيمته، مع مدى الضرر الذي لحق الدائن بحيث لا يزيد عليه، أو في الأقل لا يزيد عليه بمقدار كبير. وللوصول إلى هذا التناسب، يثبت للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي في الحالات الثلاثة الآتية :

١ - إذا كانت قيمة الشرط الجزائي تزيد كثيراً على مدى الضرر الذي نال الدائن، كما إذا ارتضى المفاوض أن يدفع عشرة جنيهات عن كل يوم من أيام التأخير في تشييد الدار وتسليمها لصاحبها، رغم أن الضرر الذي نال هذا الأخير لا يتجاوز جنيتها أو اثنين عن اليوم الواحد. في مثل هذه الحالة، يقع تقدير التعويض مبالغاً فيه، ويتسم في جزء منه، بطابع التهديد أو إيقاع العقوبة بالمدين، الأمر الذي لا يسوغ. من أجل ذلك، جاز للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي إلى الحد الذي يرفع عنه طابع التهديد وإيقاع العقوبة بالمدين، أي إلى الحد الذي يحمله متناسباً مع الضرر. وفي ذلك تقضي المادة ٢٢٤/٢ بأنه ٢٠ - ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض (التعويض الاتفاقي) إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة. . . .

وكما هو ظاهر من النص، يلزم هنا لتخفيض قيمة الشرط الجزائي أن تكون الزيادة بينها وبين مدى الضرر كبيرة، بحيث يظهر منها طابع التهديد أو إيقاع العقوبة بالمدين. فإن كانت تلك الزيادة بسيطة، ما كان ثمة محل للتخفيض. وتقدير ما إذا كانت الزيادة بسيطة أم كبيرة أمر يتعلق بالواقع، وللقاضي الموضوع فيه القول الفصل. وإذا رأى القاضي أن تلك الزيادة كبيرة فليس يتحتم عليه أن يرفضها بالكلية، ويجعل بذلك الضرر متفقاً تماماً في مده مع مبلغ التعويض الذي يحكم به؛ بل يسوغ له أن يترك في هذا المبلغ بعض

السعة . فسلطة القاضي لاتصل في الحقيقة إلى إقصاء الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتفق تماماً مع مدى الضرر ، بل هي تقف عند رفع المبالغة والاسراف .

٢ - والحالة الثانية التي يجوز فيها للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي هي تلك التي يكون الالتزام فيها قد تنفذ في جزء منه . وقد تضمنت هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ؛ فبعد أن قضت هذه الفقرة في مستهلها بأنه يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الاتفاقي إذا كان تقدره مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، جاءت في آخرها تقول : « ... أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه » . وهكذا يسوغ للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي ، في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام . وغني عن البيان أن هذا التخفيض لا يكون له محل ، إلا إذا كان الشرط الجزائي مقررأ عن الإخلال بالالتزام في مجموعه .

ولا تخفى علة التخفيض في حالة الوفاء الجزئي على أحد . فالفرض أنه روعي في تحديد قيمة الشرط الجزائي الضرر الناجم للدائن من الإخلال التام بالالتزام . فإن تنفذ هذا الالتزام في جزء منه ، كما إذا تعهد شخص بإعطاء ١٠٠ قطاراً من القطن وأعطى خمسين ، وجب أن يرفع من قيمة الشرط الجزائي ، قيمة الضرر الذي اتفق عن الدائن من جراء هذا الوفاء الجزئي .

هاتان هما الحالتان الأساسيتان اللتان يسوغ فيهما للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي ^(١) . وذلك فضلاً عن سلطة القاضي في وجوب رفض الحكم بقيمة الشرط الجزائي بالكلية ، إذا أثبت المدعي أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، كما سبق لنا بيانه في حينه .

(١) وتوجد هناك حالة ثالثة ، يستجزم فيها تخفيض الشرط الجزائي ، إعمالاً للقواعد التي تحكم فائدة الديون . فإذا كان موضوع الالتزام مبلغاً من النقود ، واشترط على المدين ، كشرط جزائي ، أن يدفع عند التأخير مقداراً يزيد على الحد الأقصى للفائدة الاعاقية ، وهو ٧٪ ، فإن خفض الفائدة إلى هذا الحد (المادة ٢٢٧) .

وسلطة القاضي في رفض الحكم بقيمة الشرط الجزائي عند انتفاء الضرر عن الدائن، وسلطته في تخفيضها في الحالتين السابقتين، تتعلق بالنظام العام. ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق يرد على خلافها (المادة ٢٢٤ / ٣).

٦٠ - (ب) مآلات الزيادة على قيمة الشرط الجزائي

بيننا فيما سبق أنه يسوغ للقاضي، في بعض الحالات التي تتجاوز فيها قيمة الشرط الجزائي مدى الضرر الناجم للدائن، أن يخفض تلك القيمة إلى الحد الذي يجعلها متناسبة مع هذا الضرر. وإذا كان الفرض هو العكس، بمعنى أن تتجاوز مدى الضرر قيمة الشرط الجزائي، فهل يسوغ للقاضي أن يرفع هذه القيمة إلى الحد الذي تصير به متناسبة مع مدى الضرر؟ إذا ارتضى المفاوض مثلاً، أن يدفع، على سبيل الشرط الجزائي، جنهماً عن كل يوم من أيام التأخير في تنفيذ التزامه، ثم ظهر أن مدى الضرر الذي لحق دائته جنهانه، فهل يسوغ للقاضي أن يرتفع بمبلغ التعويض الذي يحكم به على هذا المفاوض إلى هذا القدر الأخير؟

الأصل أنه لا يسوغ للاضي أن يحكم على المدين بأكثر من قيمة الشرط الجزائي، حتى لو زاد مقدار الضرر عليها. فالدائن لا يستحق، كقاعدة عامة، أكثر من المبلغ الذي حدده الشرط الجزائي، بالغاً ما بلغ مدى الضرر الذي حصل له. وعلة هذا الحكم أنه، وإن لزم أن يتحدد التعويض بمقدار الضرر، إلا أن الشرط الجزائي في حالة نقص قيمته عن مدى الضرر، يعتبر متضمناً إعفاء جزئياً للمدين من مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه. والإعفاء عن المسؤولية جاز، كأصل عام، كما سبق لنا البيان^(١).

وإذا كان عدم جواز الزيادة على قيمة الشرط الجزائي إلى الحد الذي تصل فيه إلى مدى الضرر ترجع إلى اعتبار هذا الشرط متضمناً إعفاء جزئياً للمدين من المسؤولية، فإن هذا الحكم يتقيد بالضرورة بالأحوال التي يقع فيه هذا

الاعفاء صحيحا . فإن وقع هذا الاعفاء باطلا ، كان الشرط الجزائي ، في تحديده للتعويض ببلغ أقل من الضرر باطلا بدوره ، ولزم أن يرجع للقاعدة العامة التي تقضي بوجوب أن يتحدد التعويض بمدى الضرر ، وحق على القاضي أن يزيد في قيمة الشرط الجزائي إلى هذا القدر . ونمشيا مع هذا التأصيل ، يكون للدائن الحق في أن يطالب المدين بتعويض يزيد على قيمة الشرط الجزائي إلى الحد الذي يصل إلى مدى الضرر الذي لحقه فعلا ، في الحالتين الآتيتين :

١ - إذا كان الشرط الجزائي متفقا عليه كتقدير للتعويض عن العمل غير المشروع ، أي المسؤولية التقصيرية . وذلك في جميع الأحوال ، أي سواء كان خطأ المدين فادحا كبيرا أم بسيطا يسيرا ، وسواء أكانت المسؤولية ناشئة عن فعل المدين نفسه ، أم ناشئة عن فعل الغير . والسبب في ذلك أن الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية يقع باطلا في جميع الأحوال (المادة ٢١٧/٢) ، كما سبق لنا البيان .

٢ - إذا كان الشرط الجزائي متفقا عليه كتقدير للتعويض عن الاخلال بالتزام تعاقدي ، ووقع هذا الاخلال نتيجة ارتكاب المدين نفسه غشاً أو خطأ جسيماً ، وقد تضمنت المادة ٢٢٥ هذا الحكم بقولها : « إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة » إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، « روعة هذا الحكم أن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها في نطاق المسؤولية العقدية ، يقع باطلا ، إذا نشأ الاخلال بالالتزام نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم » .

ويلاحظ ، كما سبق أن بينا ، أن بطلان الاعفاء من المسؤولية لا يكون إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من المدين شخصياً ، فهو لا يقع إذا كان الاخلال بالالتزام ناشئاً عن فعل أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه (المادة ٢١٧/٢) . وعلى ذلك فلا تسوغ الزيادة في قيمة الشرط الجزائي في هذه الحالة الأخير

٣ - التعويض عن الاخلال بالالتزام بمبلغ من النقود

أو الفوائد التأخيرية

٦١ - يتميز التعويض عن الاخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود بكثير من الأحكام الخاصة التي تتركز فين يتولى تقديره وفي شروطه وفي مداه. ويرجع السبب في ذلك إلى طبيعة هذا الالتزام الخاصة، من وجه، وإلى أن التعويض عن الاخلال به يتمثل في الفوائد، التي توارثنا كراهيتها واستنكارها عبر الأجيال، من وجه آخر.

والتعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يتصور أن يكون شيئاً آخر غير التعويض عن التأخير. فهو لا يمكن أن يكون تعويضاً عن عدم الوفاء. وذلك لأن التنفيذ العيني لهذا الالتزام يعتبر، من وجهة النظر القانونية، يمكناً دائماً. ثم إن التعويض عن عدم الوفاء بالالتزام بمبلغ من النقود، على فرض جواز القول به، لن يكون شيئاً آخر غير التزام المدين بدفع هذا المبلغ، ومن ثم فلا يكون للقول به معنى.

نخلص من هذا أن المقصود بالتعويض عن الاخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التعويض عن التأخير في الوفاء به. ويتمثل هذا التعويض عادة في الفوائد، أي في مبلغ من النقود يحسب على أساس نسبة مئوية معدنة من مقدار الدين. وتسمى هذه الفوائد بالفوائد التأخيرية. على أساس أنها تستحق باعتبارها تعويضاً عن التأخير في أداء الالتزام.

وإلى جانب الفوائد التأخيرية *intérêts moratoires* التي تستحق على أساس التعويض عن التأخير في الوفاء بالدين، توجد فوائد من نوع آخر، يتفق على قيام المدين بدفعها، لا على أساس التعويض، ولكن باعتبارها مقابلاً أي ثمناً لاتفاعه بمبلغ الدين. ومثال ذلك أن يقرض شخص آخر مبلغاً من المال، ويتفقان على قيام المقرض بدفع فائدة في مقابل ارتفاعه بمبلغ

القرض ، حتى لو كان لهذا الدين أجل لما يحل ، وأن يتفق البائع والمشتري ، على أن يدفع الثاني فائدة عن المتبقي عليه من الثمن قبل حلول أجله . وقد أطلق بعض الفقهاء ^(١) على هذا النوع من الفوائد اسم « الفوائد التعويضية » ، تمييزاً لها عن الفوائد التأخيرية . وهي تسمية معيبة . لأنها قد توحي بأن الغاية منها هي تعويض الضرر ، في حين أنها ليست كذلك ، كما بنا . وبحسن بنا أن نطلق عليها عبارة « فوائد مقابل الاتفاع » .

هكذا يبين أن الفوائد تنقسم ، بحسب الغاية التي تستهدفها ، إلى فوائد تأخيرية وفوائد مقابل الاتفاع .

٦٢ - دائرة استحقاق الفوائد ^(٢) في فرع الفوائد ^(٣) تتسم بدائرة هي دائرة الالتزام الذي يكون موضوعه دفع مبلغ من النقود . فهي لا تكون عن الالتزام الذي يكون موضوعه شيئاً آخر ، حتى ولو قدر التعويض عن الإخلال به على صورة مقاربة . فإذا التزم شخص ، مثلاً ، بأن يشيد داراً ويسلبها في تاريخ محدد ، أو بأن يعطى كمية معينة من القمح في تاريخ مضروب وتعهد بأن يدفع ، على سبيل التعويض ، مبلغاً من المال عن كل فترة معلومة من فترات التأخير ، فإننا لا نكون هنا بصدد فوائد ، بل بصدد شرط جزائي عادي ، وتطبق أحكام هذا النظام الأخير ، دون أحكام الفوائد ، وهي مختلفة إلى حد كبير .

وإذا كانت الفوائد تتقيد بدائرة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فلا أهمية بعد ذلك لمصدر هذا الالتزام ، فسواء أن يكون مصدره هو عقد البيع ، كما هي الحال بالنسبة إلى التزام المشتري بدفع الثمن ، أو أن يكون مصدره

(١) أنظر : السهوري ، الوسيط ج ٢ ، نية ١٠٥٢ .
(٢) انظر : السهوري ، الوسيط ج ٢ ، نية ١٠٥٢ .
(٣) انظر : السهوري ، الوسيط ج ٢ ، نية ١٠٥٢ .

هو عقد القرض ، كما هو الحال بالنسبة إلى التزام المقترض بدفع مبلغ القرض ، أو أن يكون مصدره هو عقد الإيجار ، كما هي الحال بالنسبة إلى التزام المستأجر بدفع الأجرة التقدية ، أو أن يكون مصدره هو العمل غير المشروع أو العمل النافع أو نص القانون .

٦٣ - طريق تقدير الفوائد

تختلف الفوائد ، بالنسبة إلى طريق تقديرها ، باختلاف ما إذا كانت تأخرية أو في مقابل الانتفاع بالنقود . فالنوع الأخير من الفوائد لا يقرر إلا باتفاق الدائن والمدين عليها ، فإن لم يوجد هذا الاتفاق فهي لا تقوم أصلاً . أما الفوائد التأخرية ، فالأصل أن القانون هو الذي يتولى تحديدها بصفة مباشرة . ولكن يسوغ للمدين أن يستعبد التقدير القانوني ، ويتولى بنفسه ما هذا التقدير . وعلى ذلك ، فإن كانت الفوائد في مقابل الانتفاع اتفاقية دائماً ، فإن الفوائد التأخرية قد تكون قانونية وقد تكون اتفاقية ، على حسب الأحوال . وللتفرقة بين الفوائد الاتفاقية والفوائد القانونية أهمية بالغة بالنسبة إلى مقدارها كما سنوضحه بعد قليل .

٦٤ - شروط استحقاق الفوائد التأخرية

لا صعوبة بالنسبة إلى شروط استحقاق الفوائد التي تقرر في مقابل الانتفاع بالنقود . فقد رأينا أن هذه الفوائد تقرر بالاتفاق عليها ، دون أن يقصدها أكثر من أن تكون مقابلاً لانتفاع المدين بمبلغ المدين . وعلى ذلك فيرجع في تحديد شروط استحقاق تلك الفوائد إلى العقد الذي ولدها ، فضلاً عن القواعد القانونية العامة التي تنظم العقود .

أما الفوائد التأخرية ، فالأمر يدق بالنسبة إليها بعض الشيء . لأن الغاية منها ، كما بينا ، هي تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه . فلا بد إذا لاستحقاقها أن تنشغل ذمة المدين بالمسئولية وتحمل بالتعويض .

وقد رأينا فيما سبق أن القانون يقرر، لاستحقاق التعويض على المدين بوجه عام، شروطاً معينة حددناها . ورب شخص كان يتوقع أن تسري نفس هذه الشروط في صدد استحقاق الفوائد التأخيرية ، مادامت هي لا تعدو أن تكون تعويضاً عن الإخلال بالتزام معين ، وإن تميز بأن موضوعه هو مبلغ من النقود . ولكن هذا التوقع غير صادق . فقد أدت طبيعة الأمور أن تختلف شروط استحقاق الفوائد كثيراً عن شروط استحقاق التعويض بوجه عام .

فقد سبق لنا أن بينا أنه ، وفقاً للقواعد العامة في التعويض ، يلزم لاستحقاقه تقصير المدين . وهذا الشرط واجب أيضاً لاستحقاق الفوائد التأخيرية . كل ما في الأمر أن الإخلال بالالتزام ، الذي هو أساس التقصير ، يأخذ ، في مجال الفوائد ، صورة عملية واحدة ، وهي التأخر في أداء الدين بعد حلول أجله . ثم إن القانون لا يكتفي ، بصدد ثبوت هذا التقصير على المدين ، بالاعذار الذي يفتع به في مجال التعويض بوجه عام ، ولكن يستلزم أمراً أشد ، هو المطالبة القضائية بالفوائد .

ولذا كان القانون يستلزم ، لاستحقاق التعويض بوجه عام ، حصول ضرر للدين وحمله عبء إثباته ، فإن هذا الشرط لا يتطلب لاستحقاق الفوائد في الفوائد تستحق للدين ، من غير حاجة إلى أن ثبت أن ضرراً مما قد لحقه من جراء الإخلال بالالتزام . بل إنها تستحق له ، حتى لو أثبت المدين انتفاء هذا الضرر عنه . وفي هذا تقضي المادة ٢٢٨ بأنه : « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت للدين ضرراً لحقه من هذا التأخير » . وقد جرت عادة الفقهاء هنا ، رغبة منهم في جعل شروط استحقاق الفوائد متمشية مع شروط استحقاق التعويض بوجه عام ، على القول بأن القانون ، عند التأخير في دفع مبلغ الدين ، يفترض فرضاً لا يعقل العكس أن هذا التأخير يثبت للدين ضرراً .

وإذا كان الضرر لا يلزم لاستحقاق الفوائد ، فإن علاقة السببية بين تقصير المدين وضرر الدائن ، التي تكون الشرط الأخير لاستحقاق التعويض بوجه عام ، لا يلزم بدوره .

هكذا نخلص إلى أنه ، من بين الشروط العامة لاستحقاق التعويض ، لا يبقى لثبوت الفوائد التأخيرية إلا تقصير المدين متمثلاً في تأخيره عن أداء الدين بعد المطالبة القضائية . وقد اقتضت طبيعة الالتزام من حيث أنه يقوم على دفع مبلغ من النقود أمراً آخر ، هو أن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب . وهذا نصل إلى أنه يلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، الشروط الثلاثة الآتية (١) تأخر المدين في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود . (٢) المطالبة القضائية . (٣) أن يكون مبلغ الدين معلوم المقدار وقت الطلب . وتتناول كلا من هذه الشروط بالتفصيل ؛ وذلك فيما يلي :

٦٥ - الشرط الأول : تأخر المدين في الوفاء بالتزامه بمبلغ من النقود فالفوائد ، كما بينا آنفاً ، لا تكون إلا في مجال الالتزام بدفع مبلغ تقدي . ويلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، أن يتأخر المدين عن الوفاء بهذا الالتزام ، بمعنى أنه لا يؤديه رغم حلول أجله . فإدام أجل الالتزام لما محل ، فلا تأخير ينسب إلى المدين ، ومن ثم لا تتحمل بالفوائد التأخيرية ؛ وإن أمكن أن يتحمل بالفوائد التي تقابل أتعافه بالدين ، إذا وجد في العقد شرط يقضي بذلك .

٦٦ - الشرط الثاني : المطالبة القضائية : فالأصل أن الفوائد التأخيرية ، قانونية كانت أم اتفاقية ، لا تستحق إلا بالمطالبة القضائية ، ومن تاريخ حصولها . فهي لا تستحق بمجرد حلول أجل الدين ، ولا بالإعذار الذي يحصل عن غير طريق المطالبة القضائية . ويقصد بالمطالبة القضائية رفع الدعوى قضاء . وتبدأ إجراءاتها بإعلان ورقة التكليف بالحضور .

وإذا كانت المطالبة القضائية ، أى رفع الدعوى لازمة لاستحقاق الفوائد ، فإنه يتحتم أن ترد هذه المطالبة القضائية على الفوائد نفسها . فلا يكفي أن يرفع الدائن الدعوى على مدينه مطالباً إياه فيها بالدين . بل يجب أن تنصب تلك الدعوى على الفوائد ذاتها . ويترب على ذلك أنه إذا بدأ الدائن دعواه مقتصرأ على المطالبة بأصل الدين ، ثم عدل طلباته فجعلها شاملة للفوائد ، كانت هذه الأخيرة مستحقة له من تاريخ المطالبة الخاصة بها ، وليس من تاريخ قيام الدعوى على أصل الدين .

هكذا نخلص إلى أنه يلزم لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، المطالبة القضائية بها بذاتها ، وأنه لا تكفي المطالبة القضائية بأصل الدين . وواضح من هذا الحكم من اختلاف عما تقضى به القواعد العامة في التعويض . فالمطالبة القضائية ليست لازمة لاستحقاق التعويض بوجه عام ، بل يكفي الإعذار عن أى طريق آخر كالإذار أو ما يقوم مقامه . وليكننا في مجال الفوائد التأخيرية ، نرى القانون يتشدد ، فيشترط المطالبة القضائية ، أى رفع الدعوى . وإذا كانت المطالبة القضائية تعتبر بذاتها إذاراً ، إلا أنها إذار من نوع مشدد . ولم يكف القانون بذلك ، بل حتم لاستحقاق الفوائد ، أن تنصب عليها المطالبة القضائية بالذات ، في حين أنه لا يلزم ، لاستحقاق التعويض بوجه عام أن يرد له ذكر في الإعذار ، وإنما يكفي أن يتضمن هذا الإعذار إعلان الدائن مدينه برغبته في اقتضاء حقه . وهذا التشديد بوجهه مظهر واضح لكرهية المشرع للربا واستنكاره إياه ، فهو عنده من أبغض الحلال .

وإذا كانت الفوائد لا تستحق إلا بعد المطالبة القضائية بها ، ترتب على ذلك عدم انشغال ذمة المدين بها ، إذا وقعت ورقة التكليف بالحضور ، أى إعلان صحيفة الدعوى ، باطلة ، أو إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها بالدعوى ، أو بسقوط الخصومة أو تركها .

من كل ما سبق بين أن المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية شرط لاستحقاقها . على أن هذا الحكم لا يصدق إلا على أساس أنه يتضمن الأصل أو القاعدة العامة . فقد أجاز القانون للمتعاقد أن يتفقا على خلافه ، كما أجاز أيضاً للعرف أن يفسر على ما يغيره ، بل يقرر هو نفسه مخالفته في حالات كثيرة خاصة . وهكذا نصل إلى أن المطالبة القضائية شرط لازم لاستحقاق للفوائد التأخيرية ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف أو القانون بغير ذلك . وقد تركز هذا الحكم في المادة ٢٢٦ التي جاءت تقول «... وتسرى هذه الفوائد (الفوائد التأخيرية) من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

فلا يوجد ثمة ما يمنع الدائن والمدين من أن يتفقا على استحقاق الفوائد التأخيرية ، دون حاجة إلى وقوع المطالبة القضائية بها ، وذلك من أى تاريخ يحدده ، كأن يكون هذا التاريخ هو حلول أجل الدين ، أو وصول إنذار أو خطاب أوفقية أو أى إجراء آخر . ويطلب عملاً أن يلجأ الدائن والمدين إلى هذا الاتفاق في حالات الفوائد التأخيرية الاتفاقية .

وكذلك تستبعد المطالبة القضائية ، باعتبارها شرطاً لاستحقاق الفوائد ، إذا جرى العرف بذلك . وهذا ما يحصل فعلاً بالنسبة إلى فوائد الحساب الجارى ، حيث تسرى بمجرد قيد المدفوع في هذا الحساب .

منه بل إن القانون نفسه كثيراً ما ينص ، في حالات خاصة ، على سريان الفوائد من غير حاجة إلى المطالبة القضائية بها . ومثال ذلك ما جاء في المادة ١٩٥ ، بصدد الفضالة ، من أن رب العمل يلتزم بأن يدفع للفضولي « النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها النظر وف مضافاً إليها فوائد من يوم دفعها » ؛ وما جاء في المادة ٤٥٨/١ ، بصدد عقد البيع ، من أن الفوائد القانونية تستحق للبائع عن الثمن بعد إعداره المشتري بدفعه ، أو إذا سلمه الشيء المبيع وكان

هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره^١ وما جاء بصدد الوكالة ، في المادة ٧٠٦^٢ ، من أن الوكيل يتحمل ، لصالح الموكل ، بفوائد المبالغ المستحقة لهذا الأخير والتي استخدمها لفائدة نفسه من وقت استخدامها ، كما ان عليه أيضاً فوائد ما يتبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر ؛ وما جاء ، بصدد الكفالة ، في المادة ٨٠٠^٣ من ثبوت الحق للكفيل في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه لإبراء ذمة المدين من الدين المضمون بالكفالة من تاريخ الدفع .

٦٧ - الشرط الثالث : كونه الدين معلوم المقدار وقت الطلب

خلصنا من عرضنا للشرطين السابقين إلى أنه يلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، أن يتأخر المدين عن الوفاء بالتزام بمبلغ من النقود ، وأن يُطالب قضايا بهذه الفوائد . وهذان الأمران لا يكفيان . إذ أنه يلزم إلى جانبهما أمر ثالث ، هو أن يكون محل الالتزام ، أي مقدار الدين ، معلوم المقدار وقت الطلب . ويقصد بكون محل الالتزام معلوم المقدار أن يكون هذا المحل قائماً في تحديد مقداره على أسس ثابتة مستقرة لا تترك مجالا ، في تحديد قيمتها التقديرية ، لتقدير القاضي . ومثال ذلك أن يطالب المقرض بمبلغ القرض ، والبائع بالثمن المحدد في عقد البيع ، والمؤجر بالآجرة المعينة في عقدا لإيجار ؛ في كل هذه الأمثلة وما يشابهها ، يعتبر الدين معلوم المقدار ، لأنه لا يترك في تحديد مداه مجالا لتقدير القاضي .

ولا يمنع من هذا الاعتبار أن يثور النزاع حول مقدار الدين ، كأن يدعي دونه المدين ، مثلاً ، أنه يقل عن ذلك الذي طالب به الدائن ، أو أنه نسق له أن يدفع جزءاً منه . إذ أن القاضي ، في حسمه هذا النزاع ، لا يفعل أكثر من أن يقرر حقيقة الدين الثابت من قبل ، دون أن يترخص هو ، بسلطته ، التقديرية بغير حقيقة الدين الثابتة من قبل دون أن يتردد .

في تعيين مده . فإذا طالب المقرض ، مثلا ، بمبلغ القرض الذي حدده بمأتي
جنيه ، فأقضى المدين وادعى بأن حقيقة القرض هو مائة فقط ، أو أنه كان فعلا
مائتين ، ولكنه دفع منه مائة ؛ في هذه الحالة ، يعتبر الدين معلوم المقدار ،
حتى لو ثبت للقاضي صدق إدعاء المدين ؛ كل ما في الأمر أن الدين هنا يعتبر
معلوم المقدار ، لا على الأساس الذي ادعاه الدائن ، بل على الأساس الذي
تبين للقاضي صدقه . فالقاضي في مثل هذه الحالة لا ينشأ مقدار الدين إنشاء ،
ولكنه يبحث عن حقيقة ليقرر وجوده .

ولكى نزيد في جلاء هذا الأمر فأقضى مثال لدين غير معلوم المقدار وقت
الطلب ، وليكن الالتزام بالتعويض الذي يستحق عن العمل غير المشروع .
فإذا دهم شخص آخر بسيارته فأصابه ، وجاء المصاب يطالب بالتعويض ،
كان دينه غير معلوم المقدار وقت الطلب . صحيح أن المضرور يحدد
في دعواه المبلغ الذي يطالب به ، ولكن هذا التحديد لا يعني أن المضرور
يستحق فعلا كل ما شمله . فالقاضي هو الذي يحدد مبلغ التعويض . وهو ،
وإن خضع في هذا التحديد لأسس معينة تدور في مجموعها حول مجيء
التعويض متفقا في مده مع حقيقة الضرر ، إلا أنه في ترجمته هذه الأسس
بالمبالغ النقدية التي تكون منها مقدار التعويض ، يتمتع بسلطة تقديرية
رجحة الحدود ، حتى أن حكمه بالتعويض ، وإن اعتبر مقررًا لوجوده من
حيث هو ، فهو يعتبر منشأ لذات مقداره . وغنى عن البيان أن صدور الحكم
بمقدار التعويض ، يجعل الالتزام معلوم المقدار من هذا الوقت .

ونلاحظ القول أنه يلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، أن يكون الالتزام
معلوم المقدار بالمعنى الذي حددناه . ويمكن أن ينقسم الالتزام بهذه الصفة
عند المطالبة القضائية بالفوائد ؛ فليس يتحقق أن تثبت له عند نشوئه (١) . فإذا

الخصم بالبريد

(١) جاء المشروع التبرع قاضياً ، في المادة ٣٠٤ منه ، بوجوب أن يكون محل الالتزام
معلوم المقدار عند نشوء الالتزام . وعدل هذا الحكم في المادة ٢٢٦ من القانون التي اكتفت
بأن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب ، كما بيناه في المتن .

كان الالتزام غير معلوم المقدار عند نشوئه ، ولكنه صار كذلك عند المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية ، كانت هذه الأخيرة مستحقة . ومثال هذا أن يطالب المضرور بالفوائد عن مقدار التعويض بعد أن يتحدد اتفاقاً ، أو قضاءً (١) .

وترجع الحكمة في استلزام كون محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب ، لكي تستجني عنه الفوائد التأخيرية ، إلى أمرين : (الأول) قد يقتضي تعيين مقدار محل الالتزام اتخاذ إجراءات طويلة ، من غير أن يكون للدين يد في ذلك ، ومن العدل إلا تحمله تبعه ذلك التأخير . (الثاني) إذا كان محل الالتزام غير معلوم المقدار ، فإن مؤدى ذلك ، كما لنا ، أنه يثبت للقاضي سلطة رحمة الحدود في تعيينه ، الأمر الذي يمكنه من أن يدخل فيه مدى الضرر الذي نال الدائن من جراء التأخير في اقتضاء حقه ؛ وهذا يستطيع القاضي أن يعني الدائن عن الفوائد ، وهو ما يفعله عادة .

وبلاحظ ، في النهاية ، أن الأعمال التحضيرية للقانون المدني تضمنت أن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب منع سرعان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع (٢) . وقد فهم من ذلك أن الالتزام لا يكون غير معلوم المقدار إلا في هذا النطاق . ولكن هذا غير صحيح . إذ أن الالتزام يكون غير معلوم المقدار في كل حالة أخرى ، يثبت فيها للقاضي سلطة تحديد مده ، كالتعويض الناشئ عن الإخلال بالالتزام التعاقدى (٣) وكدين النفقة (٤) .

- (١) وإذا رفع المضرور الدعوى على محدث الضرر ، مطالباً بإياه بمقدار التويض وفوائده ، ولم يكن هذا المقدار محدداً من قبل لا اتفاقاً ولا قضاءً ، فإنه لا يسوغ للقاضي أن يحكم بالفوائد إلا ابتداءً من تاريخ الحكم بمقدار التويض ، لأنه في هذا الوقت فقط يصبح الالتزام معلوم المقدار .
- (٢) راجع تقرير لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٨٠ .
- (٣) في غير الحالات التي يتحدد فيها التويض اتفاقاً ، أي يقتضى شرط جزائي صحيح .
- (٤) أنظر في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، نذرة ٧٨ - وعكس ذلك سليمان مرقس نذرة ١١١ .

٦٨ — يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، أن يتأخر المدين عن الوفاء بالتزام بدفع مبلغ من النقود ، وأن يطالبه الدائن قضاء هذه الفوائد ، وأن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت هذا الطلب . ويتحدد تاريخ بدء سريان هذه الفوائد بالوقت الذي تتوافر فيه كل هذه الشروط مجتمعة ، ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضي العرف به .

٦٩ — مقدار الفوائد

٦٩ — ويختلف مقدار الفوائد ، لاختلاف غايتها ، أي من حيث إنها تستهدف التعويض عن التأخير في الوفاء بالدين ، أو تتمثل مقابلاً للانتفاع بالنقود ، ولكن باختلاف مصدرها ، أي باختلاف ما إذا كانت قانونية أم اتفاقية .

٦٩ — وفي الفوائد القانونية، وهي فوائد تأخيرية دائماً ، يبينها ، كإحدى أسعار معينة يحددها القانون ، وهذا السعر هو ٠.٠٥٪ في المسائل المدنية و ٠.٠٧٪ في المسائل التجارية (١) (المادة ٢٢٦) . والعبرة في تحديد ما إذا كان الدين مدنياً أم تجارياً بالمدين . فإن كان المدين غير تاجر ، ثبتت للدين صفته المدنية ، حتى لو كان الدائن تاجراً والعملة تجارية .

٦٩ — فبما أن الفوائد الاتفاقية ، سواء أكانت تأخيرية أم مشترطة في مقابل الانتفاع بالنقود ، فقد ترك القانون تحديد مقدارها لاتفاق ذوي الشأن ، بشرط ألا يتجاوز هذا المقدار حداً معيناً رسمه القانون وهو ٧٪ ، دون

(١) وعند صدور القانون المدني الجديد ، كان سعر الفائدة القانونية هو ٠.٥٪ في المسائل المدنية و ٠.٦٪ في المسائل التجارية . وبمقتضى قواعد سريان القانون في الزمان ، يسرى السعر الجديد على كل فائدة تستحق عن مدة تالية لنفاذ القانون الجديد ، حتى لو كانت مستحقة عن دين نشأ من قبل ، بل حتى لو كان سريان الفائدة قد بدأ قبل نفاذ القانون الجديد . أفضل هذا المعنى نقض ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ ، بمجموعة أحكام النقض س ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ ، المحاماة س ٣٥ ص ٧٠١ .

تفريق في هذا بين المسائل المدنية والمسائل التجارية^(١).

فإذا كان الأصل هو أنه عند التأخر في الوفاء بالالتزام بمبلغ من النقود ، تستحق على المدين الفوائد القانونية محددة على أساس ٤٪ في المسائل المدنية وهـ ٦٪ في المسائل التجارية ، إلا أنه يجوز أن يتفق الدائن والمدين على سعر آخر للفوائد ؛ وهنا نصير الفوائد المستحقة اتفاقية . وللدائن والمدين أن يتفقا على أي سعر يشاءونه ، بشرط ألا يتجاوز ٧٪ . فإن اتفقا على سعر يزيد على هذا القدر ، صح اتفاقهما في حدوده ، ويظل فيما يتجاوزه ، وتعين رد ما دفع زائداً عنه ، حتى لو كان المدين قد قام بدفعه مختاراً وعن بينة من حكم القانون ؛ إذ أن دفع ما يزيد على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية لا يعتبر حتى وفاء لالتزام طبيعي ، لمخالفته للنظام العام ، كما سبق لنا البيان^(٢). وفي هذا تقضى المادة ٢٢٧/١ بأنه : « ١ - يجوز للمتعاقد أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أ كان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » .

وإذا امتنع الاتفاق على فوائد تتجاوز الحد الأقصى المسموح به ، وهو ٦٪ ، فإن هذا المنع يسرى بالضرورة على كل حالة بين فيها أن الدائن .

(١) عند صدور المجموعة المدنية ، كان الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية هو ١٢ ٪ . ثم خفض هذا الحد في سنة ١٨٩٢ إلى ٩ ٪ ، ثم عاد وخفض مرة ثانية بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ إلى ٨ ٪ . وأخيراً جاء القانون المدني الجديد وخفضه إلى ٧ ٪ . وبمقتضى القواعد التي تحكم سريان القانون في الزمان ، يسرى السعر الجديد الذي يقرره القانون المدني على كل فائدة تستحق عن مدة تالية لتاريخ نفاذه ، أي ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى لو كانت هذه الفائدة مستحقة بمقتضى عقد أبرم قبل هذا التاريخ . أما الفائدة التي استحققت عن مدة سابقة لنفاذ القانون الجديد ، فالتخفيض لا يشملها . راجع في هذا الموضوع : مؤلفنا ، نظرية القانون ، نبذة ١٩٧ .

(٢) أنظر ما سبق ، بنه ٨ .

يحصل من مدينه ، في مقابل دينه ، على مزايا تربو على هذا الحد ، حتى لو كانت هذه المزايا عينيه وليست نقدية . إذ أن هذه المزايا لا تعدو في الحقيقة أن تكون فائدة مستترة . وتمشيا مع هذه الفكرة ، جاءت المادة ٢٢٧/٢^٢ تقضى بأنه : ٢ - وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة (نفقة^(١)) مشروعة .

فأية مزية أو منفعة يتحصل عليها الدائن من مدينه في مقابل الدين ، سواء أكانت هذه المزية أو المنفعة تقديه أو عينيه ، تعتبر فائدة ، ويسرى عليها بالتالى الحد الأقصى الذى يسوغ الاتفاق لغايته ، ما دامت لا ترجع إلى خدمة خاصة أداها الدائن أو نفقة مشروعة تحملها ولا وقد طبق المشرع نفسه هذه الفكرة في الرهن الحيازي ، حيث جاءت المادة ١١٠٥/١^١ تقول : ١ - إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيراداً وانفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه في مقابل الفوائد كان هذا الاتفاق نافذاً في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية . أما إذا كانت المنفعة التي يحصل عليها الدائن مقابل خدمة أداها للدين أو نفقة مشروعه تحملها ، فهي لا تعتبر فائدة بالضرورة ، ولا تدخل فيما يتناوله التخفيض ، ومثال ذلك أن يتفق على أن يأخذ المرتهن الحيازي جزءاً معقولاً لا مبالغه فيه من إيراد المرهون في مقابل إدارته ، وأن تأخذ البيوتات المالية المشتتة بتسليف النقود على رهونات ، عمولة معقولة في مقابل نفقات التمين والقياس والتخزين .

(١) الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ منقولة عن الرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ الصادر في ١٩ من مارس سنة ١٩٣٨ . ويبدو أنه حصل خطأ مادي في النقل ، فوضت كلمة منفعة بدلا من كلمة نفقة الواردة في الأصل . والمعنى لا يستقيم إلا بالكلمة الأخيرة .

٧٠ - القيود التي ترد على مقدار الفوائد

بيننا فيما سبق أن القانون يتولى تحديد مقدار الفوائد القانونية ، ويضع حداً أقصى لا يجوز تجاوزه في الفوائد الاتفاقية . ولم يقف عند هذا الحد بل عمد ، متشعباً بروح الكراهية والمقت للربا ، وإشفافاً على الناس من معاطب الإغراق فيه ، إلى تقرير بعض قيود تحد من نطاق الفوائد المستحقة على المدين ، حتى في دائرة السعر القانوني أو الاتفاق الذي حددناه . فأياً ما كان نوع الفوائد ، سواء أكانت قانونية أم اتفاقية ، وسواء أكانت تأخيرية أم مشترطة في مقابل الاتفايع بالنقد ، لا يتحدد مقدار المستحق منها بالسعر الذي تبيناه فحسب ، بل هو يتحدد أيضاً بالقيدين الآتين :

١ - منع استحقاق الفوائد على متجمد الفوائد أو الفوائد المركبة . فلا يجوز ، كبدأ عام ، تقاضي فوائد على متجمد الفوائد^(١) (المادة ٢٣٢) . وهى الفوائد التي درج الناس على تسميتها بالفوائد أو الأرباح المركبة ، حتى لو اتفق على استحقاقها ؛ إذ مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لمخالفته النظام العام . ولا يستثنى من هذا الحكم إلا في نطاق المسائل التجارية ، عندما تقضي العادات التجارية بجواز الفوائد المركبة ، كما هي الحال بالنسبة إلى الحساب الجاري

ويلاحظ أن الممنوع هو اقتضاء فوائد على متجمد الفوائد . فلا يشمل المنع ما يستحق من فوائد على المبالغ النقدية التي يتحمل بها المدين في أوقات دورية ، كالأجرة والإيراد المرتب لمدى الحياة أو لفترة محدودة في فإذا استحققت أجرة الدار أو الأرض ، مثلاً ، على المستأجر ، عن فترة معينة بما من الزمن ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من استحقاق الفوائد عنها . إذ الفائدة

(١) وهذا الحكم يتضمن تحديداً من المشرع في قانوننا الحال . فقد كان قانوننا القديم يسمح بتقاضي الفوائد المركبة ، بشرط أن تكون الفوائد المجردة التي تستحق عنها الفوائد المركبة ، مستحقة عن سنة كاملة (المادة ١٨٦/١٢٦ قديم) . وقد تضمن المبروع التهديدي قانوننا الجديد حكماً مماثلاً . ولكن هذا الحكم استبعد ، رجة بالمدين .

التي تستحق هنا لا تعتبر فائدة مرتبة ؛ فهي ليست فائدة مستحقة على فائدة ،
ولكن فائدة مستحقة مباشرة عن دين معين ، وهو دين الأجرة .
٢ - لا يسوغ أن يزيد مجموع ما يتقاضاه الدائن من فوائد عن دينه
على أصل هذا الدين . وقد تضمنت المادة ٢٣٢ هذا الحكم بقولها :
« ... ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن
أكثر من رأس المال . وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات
التجارية » .

فهما طال أمد بقاء الالتزام في ذمة المدين ، فالأصل أنه لا يسوغ لدائنه
أن يتقاضى منه فوائد تزيد على أصل الدين ، أيا ما كان نوع هذه الفوائد ،
قانونية كانت أم اتفاقية ، وسواء أكانت الفوائد الاتفاقية مقررّة على سبيل
التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام ، أم مشترطة في مقابل الاتّفاع
بالنقود . ويتضمن هذا الحكم تجديداً هاماً في قانوننا الحالي^(١) ، فلم يكن قانوننا
الملغي يقرره . ويستتي من هذا الحكم ، كما هي الحال تماماً بالنسبة إلى الفوائد
المركبة ، المسائل التجارية ، إذا قصت القواعد أو العادات التجارية بشأنها
بما يقايرها .

٧١ - مآلات إنفاذ الفائدة

بيننا فيما سبق أن القانون ، إمعاناً منه في كراهية الربا وإشفاقاً على المدين
من معاطب الإغراق فيه ، قد لجأ إلى تحديد سعر الفائدة القانونية ونص
على حد أقصى لا يسوغ تجاوزه في الفائدة الاتفاقية ، ثم عمد بعد ذلك إلى تقييد

(١) ويرجع هذا التجديد إلى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ؛ فهي التي وضعت ،
بعد أن كان مشروع القانون لا يتضمنه . وقد جاء في تقريرها ، تبريراً له « وقد راعت اللجنة
أن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين
نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس مال . وقد أخذت بهذا الحكم
دول أخرى منها سوريا (زالت عنها صفة الدولة بدخولها في رحاب الجمهورية العربية المتحدة)
والعراق » .

ما يستحق من الفوائد أياً ما كان نوعها بمنع الفوائد المركبة ، وبقرار عدم جواز زيادة ما يتقاضاه الدائن من الفوائد على رأس المال . ولم يكشف القانون بهذا كله . بل لجأ إلى تقرير تخفيض الفوائد بل منها ، على حسب الظروف ، في الحالتين الآتيتين :

١ - تقضي المادة ٢٢٩ بأنه : « إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » .

وقد يرى الدائن أن الفائدة التي تستحق له على المدين مجزية له ، فيعمد إلى إطالة أمد النزاع بلا مسوغ ، حتى يستمر فترة أكبر مستحقاً إياها ، كما إذا لجأ من غير مقتضى إلى إنكار توقيعه على مخالصة أو إلى رد القاضي . وفي هذه الحالة ، يرد على الدائن سوء قصده ، ويكون للقاضي أن يخفض الفائدة المستحقة أو لا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التي يرى أن أمد النزاع فيها قد طال بلا مبرر ، نتيجة سوء نية الدائن . وتستوي في هذا الحكم الفوائد القانونية والفوائد الاتفاقية ، تأخيرية كانت هذه الأخيرة أن مشترطة في مقابل الانتفاع بالدين .

ولا يتحتم هنا ، للحكم بتخفيض الفائدة ، أن يكون النزاع قد أطل أمده أمام القاضي . فأى تأخير يتسبب فيه الدائن بلا مبرر وبسوء نية يسوغ الحكم بتخفيض الفائدة ، حتى لو كان هذا التأخير قد وقع قبل أن يعرض النزاع أمام القاضي . ومثال ذلك أن يقدم المدين لأداء الدين ، فيرفض الدائن قبضه منه ، بلا مبرر وبسوء نية ، فيلجأ المدين إلى اتخاذ إجراءات العرض القانوني ، في هذه الحالة يسوغ للقاضي أن يحكم بعدم استحقاق الدائن الفوائد عن المدة التي تلت رفضه اقتضاء دينه ، في الحدود التي يتفق فيها تقصير المدين في قيامه بإجراءات عرضه عليه عرضاً قانونياً .

ويؤزم لتخفيض الفائدة أو لاسقاطها هنا ، أن يطول أمد النزاع بلا مبرر ،

وأن يكون الدائن هو الذى تسبب في هذه الإطالة ، وأن يعمد إليها بسوء نية ، أى مدفوعاً بالرغبة في إطالة النزاع . والظاهر من الأعمال التحضيرية^(١) أن المشرع هنا لا يكتفى حتى بالخطأ الجسيم الواقع من الدائن ، بل يحتج بسوء نيته ، بخلاف ذلك القاعدة التقليدية التى تقضى بأن الخطأ الجسيم يتساوى مع الغش . وقد سار الفقه على هذا الرأى^(٢) .

٢ - والحالة الثانية التى تخفض فيها الفائدة أو تسقط بالكلية هى تلك التى يلجأ فيها الدائن إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى على مال المدين ، ورسومها فيها مزاة هذا المال ، فيعد رسوم المزاة ، لا يكون للدائن الذى أجرى التنفيذ أو اشترك فيه وقيل في التوزيع أن يأخذ فوائد تأخرية عن النصيب الذى تقر له من دينه في التوزيع ، « إلا إذا كان الراسى عليه المزاة ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزائنه المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إبداء الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاة أو خزائنه المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء (المادة ٢٣٠) » .

وقد استحدث القانون الجديد هذا الحكم ، فلم يكن سلفه يتضمنه . وهو حكم عادل ، ينطوى على حماية المدين من طول إجراءات التوزيع . فيعد رسوم المزاة ، تسقط عنه جميع الفوائد التأخرية عن الديون التى قبلت في التوزيع وبقدر ما قبل منها فيها . ولهذا الحكم مبرر ظاهر . إذ أنه برسم

(١) كان المشروع التمهيدي يكتفى ، لإمكان تخفيض الفائدة أو لإسقاطها ، أن يكون الدائن قد تسبب بخطئه في إطالة أمد النزاع . وعُدل هذا الحكم في لجنة القانون المدنى . بمجلس الشيوخ إلى النص الذى تضمنته المادة ٢٢٩ من القانون ، وهو أن يتسبب الدائن ، « بسوء نية » في إطالة أمد النزاع . وقد جاء في تقرير هذه اللجنة ، تبريراً للتعديل الذى أجرته ، ما يأتى : « رأيت اللجنة أن تدخل عبارة « سوء نية » بدلا من كلمة « بخطئه » لأن فكرة الخطأ قد تنسحب لغرض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء . ولهذا آثرت اللجنة أن يكون الجزاء قاصراً على حالة سوء النية وحدها » .

(٢) أنظر في هذا أستاذنا السهوى ، الوسيط ج ٢ نبذة ١٧ - سليمان مرقس ، نبذة ١٢١ . اسماعيل فاتم ، نبذة ٧٩ .

المزاد ، فقد المدين ماله الذي يبيع جبراً عليه ، ويرصد ثمنه لوفاء الديون المقبولة في التوزيع . فكأنه إذا قد وفى من ناحيته هذه الديون . أما تأخير الدائنين في قبضها ، فهو يرجع إلى بطل إجراءات التوزيع التي لا يسأل عنه بالضرورة . فضلاً عما في حكم المادة ٢٣٠ من عدل بالمدين ، فهو يتضمن أيضاً حماية الدائنين بعضهم من بعض ، « من طريق تحقيق المساواة بينهم في توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسي عليه المزاد ، وقبل الخزائنة ، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غريماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له ^(١) » .

٧٢ - الحالة التي يجوز فيها للدائن اقتضاء تعويض يربط على

مقدار الفائدة

الأصل في الفوائد ، سواء أكانت قانونية أم اتفاقية ، وسواء أكانت تأخيرية أم مشترطة في مقابل الاتفاق بالنقد ، الأصل في الفوائد ، أي ما كان نوعها ، أنها تقدر بطريقة جزافية ، فلا يراعى في تقديرها مدى الضرر الذي يلحق الدائن في كل حالة ، بل لا يتحتم أصلاً أن يكون هناك ضرر أصابه . ويترتب على هذه الصفة الجزافية للفوائد أن هذه الأخيرة لا تخضع لتقدير القاضي ، تخفيضاً أو زيادة ، ما دامت مقررة في الحدود التي رسمها القانون . ^(٢) فالأصل أن الفوائد لا تخفض ، لمجرد إقامة الدليل على أن الضرر الذي نال الدائن بسيط ، أو أنه لم ينله ضرر البتة . ولا يستثنى من هذا الحكم إلا الحالتان اللتان ينهما فيما سبق ، وهما حالة تعمد الدائن إطالة أمد النزاع بلا مبرر ، وحالة رسو المزاد وقبل الدين في التوزيع . وهو الأصل كذلك أن الفوائد لا تزداد ، إذا ثبت أن الضرر الذي نال الدائن جسم وباهظ . ولكن القانون يقرر استثناء لهذا الحكم ، مؤداه جواز الحكم بأكثر من مبلغ الفوائد ، على

(١) المذكور الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة القانون المدنى ، ج ٢ ص ٥٩١ .

على سبيل التعويض التكميلي ، إذا أثبت الدائن أن ضرراً استثنائياً قد لحقه من جراء تأخير الوفاء بالالتزام ، وأن المدين قد تسبب بسوء نية في إحداث هذا الضرر له . وفي هذا نقض المادة ٢٣١ بأنه : « يجوز للقاضي أن يطلب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » .

ولذلك ، لاستحقاق التعويض التكميلي زيادة على الفوائد المقررة ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ - يجب أن يترتب للدائن ، نتيجة تأخر المدين في الوفاء بالدين ، ضرر استثنائي . فلا يكفي الضرر العادي ، أي ذلك الذي يلحق الدائن عادة نتيجة عدم إقتضائه الدين في ميعاده . ومثال هذا الضرر الاستثنائي أن يترتب على عدم دفع الدين في ميعاده للدائن ، أن يعجز هذا عن دفع الديون التي تثقل كاهله ، فيعجز دائتوه على أمواله ويبيعونها عليه بشمن بخس ، أو أن يمتنع على الدائن إجراء صفقه كان يعول في إنجازها على قبض الدين .

٢ - يجب أن يزيد الضرر الاستثنائي الذي لحق الدائن على الفوائد المستحقة له .

٣ - يجب أن تسبب المدين بسوء نية في إحداث هذا الضرر للدائن . فلا يكفي أن يحدث هذا الضرر للدائن خطأ المدين السير . بل الظاهر أن خطأ الجسيم لا يكفي بدوره^(١) ، وإنما يلزم سوء نية المدين ، أي تعمد الإضرار بالدائن .

(١) كانت المادة ٣٠٩ من المرسوم النجدي تنص ، لإمكان الحكم بالتعويض التكميلي زيادة على الفوائد ، بين الفتن والخطأ الجسيم . ولكن عدل هذا النص على النحو الذي جاء في المادة ٢٣١ من القانون وصار مقتصرأ على سوء النية وحدها ، وقد جاء . تبريراً لهذا التعديل ، أنه أخرى « تنشأ من التعديل الذي أدخل على المادة ٢٣٦ » (التي أصبحت المادة ٢٢٩ من القانون) ، وتطبيقاً لنص المادة ١١٥٣ من القانون المدني الفرنسي .

إذا توافرت هذه الشروط ، كان للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي ،
يضاف إلى الفوائد التأخرية^(١) المستحقة له ، سواء كانت هذه الفوائد قانونية
أم اتفاقية ويتحدد هذا التعويض التكميلي بالفرق بين الضرر الحقيقي الذي نال
الدائن وبين الفوائد التي استحققت له . وهكذا يصل الدائن هنا إلى التعويض
الكامل عن الضرر الذي ناله^(٢) .

وغني عن البيان أن عبء إثبات الشروط السابقة يقع على عاتق الدائن .

٢٣ - فوائد الحساب الجارى

بينما فيما سبق أحكام الفوائد المستحقة على الديون بوجه عام . وقد خصت
المادة ٢٣٣ الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجارى بالذكر ، نظر
لما تتميز به من أحكام خاصة في الحدود التي يقضى بها العرف التجارى . وقد
جاءت هذه المادة تقضى بأنه : « الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجارى
تختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد
المركبة في الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى » .

فالفوائد المستحقة على الحساب الجارى تختلف في أحكامها عن الفوائد
المستحقة على الديون بوجه عام ، وذلك في الحدود التي يقضى بها العرف
التجارى . ومن أبرز مظاهر هذا الاختلاف ما يأتي :

(١) أما الفوائد التي تقرر في مقابل الانتفاع بالنقود ، فلا يسرى عليها حكم المادة ٢٣١
والسبب في ذلك واضح . إذ أن هذه المادة تقضى بمجواز الحكم على المدين بتعويض تكميلي
يضاف إلى الفوائد ، إذا توافرت الشروط التي تتطلبها . ومن ذلك بين أن هذه المادة
لا تتناول إلا الفوائد المقررة على سبيل التعويض الأصلي الذي يضاف التعويض التكميلي إليه .
والفوائد التأخرية وحدها هي التي تثبت على سبيل التعويض ، دون الفوائد المقررة في مقابل
الانتفاع بالنقود .

(٢) ويقارب هذا الحكم ذاك الذي تضمنته المادة ٢٢٥ والذي يقوم على إمكان زيادة
التعويض الذي يحكم به القاضى على قيمة الشرط الجزائى حتى يصل إلى مدى الضرر ، إذا أثبت
الدائن أن المدين قد ارتكب في تنفيذ التزامه غشاً أو خطأ جسيماً . راجع سابق ، بنده ٦٠ .

١ - يختلف السعر القانوني للفائدة السارية على الحساب الجارى باختلاف الجهات ؛ وذلك في حين أن السعر القانوني للفائدة التي تسرى على الديون الأخرى موحد ؛ وهو ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يزيد السعر القانوني للفائدة التجارية المستحقة على الحساب الجارى عن ٥ ٪ ، بشرط ألا يزيد على ٧ ٪ ، وهو الحد الأقصى للفائدة في جميع صورها .

٢ - الأصل أن الفوائد تسرى من تاريخ المطالبة القضائية بها ، على فرض توافر شروط استحقاقها الأخرى في هذا التاريخ . ويختلف الحساب الجارى في ذلك ، في حدود ما يقضى به العرف . وقد رأينا أن العرف يسير عندنا على أن استحقاق الفوائد على الحساب الجارى يكون من تاريخ قيد المدفوعات في الحساب^(١) .

٣ - يجوز اقتضاء فوائد على متجدد الفوائد في الحساب الجارى إذا قضى العرف بذلك ، وفي الحدود التي يقضى بها .

المبحث الثالث

الوسائل التي تكفل للدائن تنفيذ الالتزام

٧٤ - بينما فيما سبق أن أثر الالتزام يتركز في تنفيذه ، سواء أكان هذا التنفيذ عينياً أو بطريق التعويض .

ولكن ما هي الضمانات التي تكفل للدائن تنفيذ التزامه ، ووصوله بذلك إلى اقتضاء حقه ؟

يقرر القانون في هذا السبيل قاعدة أساسية نصممتها المادة ٢٣٤ بقولها :

١ - أمر إل المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه . ٢ - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون .

وهكذا فالأصل أن القانون يجعل جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بدونه، دون تفریق في هذا بين دائن وآخر . وهذا هو الضمان العام . وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان العام ، لا فضل لأحدهم على آخر ، بالنسبة إليه ، لأي سبب من الأسباب ، سواء أ كان هذا السبب هو السبق في تاريخ نشوء الدين أو مصدره أو طبيعته ، أم أي سبب آخر .

وتقرر المساواة بين الدائنين في نطاق الضمان العام المقرر لهم على جميع أموال مدينهم ، لا يمنع من أن يمتاز أحدهم على غيره في استيفاء حقه في نطاق تأمين خاص ، يقرره في حالات خاصة يحددها القانون على سبيل الحصر ، وهي الحالات التي ثبت فيها للدائن ، ضمناً لحقه ، أحد الحقوق العينية تبعية ، وهي الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز . إذ أن التأمين الخاص يخرج المال المقرر عليه ، في حدود الدين المضمون به ، من الضمان العام المقرر للدائنين جميعاً .

وإذا جعل القانون أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدونه ، فقد كان طبيعياً منه ألا يقتصر على تقرر هذا المبدأ . فالحقيقة أن أموال المدين لا تضمن الوفاء بدونه باعتبار ذاتها ، وإنما هي تضمنها باعتبار أنها تكون العنصر الاجتماعي لذمته^(١) . ويترتب على ذلك أن الدائن يبق مهبطاً بخطر ضائع أموال مدينه ، نتيجة إهماله إدارتها أو نتيجة ذهابها منه إلى الغير ، فضلاً عن تهديده بخطر عقده المدين ديون جديدة ، من شأنها أن يأتي أصحابها معه على قدم المساواة في استيفاء حقوقهم من أموال المدين ، الأمر الذي يقلل من فرص استيفائه حقه .

ومن أجل دره الخطر عن الدائن ، يقرر له القانون عدة وسائل ، تستهدف في مجموعها حفظ الضمان العام المقرر له ، على النحو الذي يساعده في استيفاء حقه . ومن هذه الوسائل الإجراءات التحفظية العادية ، كوضع الاختتام

(١) راجع مؤلفنا ، نظرية الحق ، بنية ٨٩ .

على أموال المدين عندما يتهدها الضياع بسبب موته أو إفلاسه أو نحو ذلك وكطلب تعيين قيم على المدين إذا ما اعتراه جنون أو عته أو سفه، وكاشتراك الدائن في دعوى قسمة مال المدين (المادة ٨٤٢). ولا شأن لنا هنا بدراسة هذه الاجراءات التحفظية العادية، لخرجها عن منهاجنا. وإنما الذي يعيننا هو الأمور هي تلك التي خصها القانون المدني بالبحث المستفيض، وجعل منها وسائل تكفل للدائن استيفاء حقه. وهذه هي: استعجال الدائن حق مدينه أو الدعوى غير المباشرة، ودعوى عدم نفاذ التصرفات أو الدعوى البوليسية، ودعوى الصورية، والحق في الحبس، والإعسار. وتناول كلا من هذه الأمور بالتفصيل؛ وذلك فيما يلي:

١ - استعجال الدائن حق مدينه

أو الدعوى غير المباشرة

٧٥ - رأينا أن القانون يجعل كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديوته. ومن شأن ذلك أن تزداد فرص الدائن في استيفائه حقه بزيادة أموال مدينه، وتضعف بنقصها. وقد يؤدي خمول المدين وتكاسله في إدارة شؤنه إلى ألا تنقاص من أمواله، إما نتيجة ضياع مال دخل فعلا في ذمته، أو نتيجة عدم دخول مال فيها. وانتقاص أموال المدين لا يعود بالضرر عليه وحده، بل إنه يؤدي أيضا إلى إلحاق الضرر بدائنته؛ إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى إعساره أو يجعل هذا الإعسار يتفاقم. إذ هو في هذه الحالة يحول بينهم وبين استيفاء ديونهم كلها أو جزئها. ومن أجل ذلك، يدره هذا الضرر عن الدائنين عند القانون إلى منحهم الحق في استعجال حقوق مدينهم الذي تكاسل في مباشرتها، وذلك باسمه ونائبه عنه. وفي ذلك تقضي المادة ٢٣٥ بأنه: «١٥ - لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز».

٢ - ولا يكون استعمال الدائن الحقوق مدنية مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إفساره أو يزيد في هذا الإفسار ، ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى .

والغالب في استعمال الدائن حقوق مدنية أن يجيء في صورة دعوى ، يرفعها الدائن على مدين مدنية ويطلبه فيها بإسم المدين ونيابة عنه ، بحق هذا الأخير عليه . ومثال ذلك أن يهمل المدين في المطالبة بدينه ، فيجاء دأته ويطلب بهذا الدين بإسمه ، وأن يقتصب شخص مالا للمدين ويدعي ملكيته ، فيأتي الدائن ويرفع دعوى الاستحقاق بإسم مدنية على المعتصب ، حتى تحصل له (للمدين) الملكية ، تمهيداً لقيامه هو (الدائن) بالتنفيذ على المال واستيفاء دينه من ثمنه . وأن يرفع الدائن دعوى فسخ أو إبطال عقد بيع أبرمه مدنية لصالح شخص ثالث ، لكي يصل من ورامها إلى إرجاع المبيع في ذمة المدين ، حتى يتيسر له التنفيذ عليه .

وإذا غلب في العمل أن يجيء استعمال الدائن حقوق مدنية في صورة و الدعوى ، فإن هذا ليس حتماً . فقد يجيء هذا الاستعمال في صورة إجراء ، يتخذ الدائن بإسم مدنية وحسابه ، كما إذا قام الدائن بتسجيل عقد بيع في اشترى به المدين عقاراً ، حتى تنتقل ملكية العقار إلى هذا المدين ، فيستطيع الدائن بذلك أن ينفذ عليه . وكما إذا قطع الدائن تقادماً مكسباً ، يسرى ضد مدنية على مال من أمواله ، ويوشك أن يتم ، لينع بذلك خروج هذا المال من ذمة المدين وبالتالي من الضمان العام الذي له على أمواله ، وكما إذا قيد الدائن رهناً مقررأ لصالح مدنية .

وكان من جراء غلبة استعمال الدائن حقوق مدنية في صورة الدعوى التي يرفعها على مدين مدنية ، أن درج تحت هذا الإجراء بالدعوى غير المباشرة *action indirecte ou oblique* . وتشير عبارة *دعوى غير المباشرة* ،

إلى أن الدعوى ترفع من الدائن ، لا باسمه ، ولكن باسم المدين . ثم إن الثمرة التي تأتي بها الدعوى ، في حالة نجاحها ، تذهب إلى ذمة المدين ، وليس إلى ذمة الدائن ، حتى إذا أفاد منها هذا الأخير فيما بعد ، فهو يفيد منها عن طريق دخولها في ذمة المدين ، أي بطريق غير مباشر .

٧٦ - طبيعة الدعوى غير المباشرة

تتنوع الاجراءات التي يتخذها الدائن على أموال مدينه ، بصفة أساسية ، إلى إجراءات تحفظية تستهدف التحفظ على هذه الأموال من التلف أو الضاع وإجراءات تنفيذية تستهدف إجراء التنفيذ عليها حراً على المدين واستيفاء الدين من ممتلكاته

والدعوى غير المباشرة ليست في الحقيقة من هذا الصنف ولا من ذاك ، وإن كانت إلى الصنف الأول أقرب . فهي ليست إجراء تحفظياً محضاً إذ أن الغاية من الاجراء التحفظي ، كوضع الاختام على أموال المدين ، مثلاً ، هو الإبقاء على المال كما هو ومنع فقد المدين إياه . والدعوى غير المباشرة لا تقف عند هذا الحد . فهي تتجاوز إلى استعمال حق المدين بأنه الدائن مثلاً الذي يرفع نيابة عن مدينه ، دعوى الاسترداد على من يقتصر ماله ، لا تحفظ على هذا المال لحسب بل هو يصل إلى الحكم على المقتصب برفع يده عن المال وتقرير ملكية المدين له دونه .

وإن تجاوزت الدعوى غير المباشرة في مداها الاجراء التحفظي ، فهي لا تصل إلى كونها إجراء تنفيذياً . فإذا نجحت دعوى الاسترداد ، في المثال السابق ، فإن الدائن لا يعتبر أنه قد باشر على المال الذي قضى باسترداده إجراء تنفيذياً . بل يلزمه ، إذا رغب في التنفيذ عليه ، أن يباشر الاجراءات العادية لذلك . بيد أن الدعوى غير المباشرة . وإن لم تكن إجراء تنفيذياً ، إلا أنها تستهدف في الغالب التمهيد لهذا التنفيذ .

٧٧ - مبراج البحث

أعطينا فيما سبق فكرة عامة عن الدعوى غير المباشرة ، مبيّنين المقصود منها ، والغاية التي تستهدفها ، وطبيعتها . يبقى بعد ذلك أن نتناول أحكامها . ويلزمنا لذلك أن نبدأ بتحديد نطاقها أو دائرتها ، ثم نعقب بشروط مباشرتها ، لنختتم بالآثار المترتبة عليها . وهذا ما سنؤديه فيما يلي :

٧٨ - (١) نطاق الدعوى غير المباشرة

لتحديد نطاق الدعوى غير المباشرة أو دائرتها ، يلزمنا أن نبين الشخص الذي يسوغ له مباشرتها ، والحقوق التي يمكن مباشرتها بها . ونتناول كلا من هذين الأمرين بالتفصيل .

٧٩ - أولاً : لمن يسوغ رفع الدعوى غير المباشرة

الدعوى غير المباشرة حق للدائن ، يرفعها بإيم مدينه على مدين هذا الأخير . فليس لغير الدائن أن يباشرها . ولكن هي حق لكل دائن ، فلا يلزم في رفعها أكثر من أن يكون دائناً ، أي أن يكون له حق دائنية قبل الشخص الذي يستعمل عنه حقوقه . وقد تضمنت المادة ٢٣٥ / ١ هذا الحكم بقولها : « ١ - لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين . . . » .

فلا يلزم أن يكون للدائن حق مستحق الأداء . فإن كان اقتضاء دينه مضافاً إلى أجل المأجل ، ما منعه ذلك من رفع الدعوى غير المباشرة . والسبب في ذلك أن رفع الدعوى غير المباشرة لا يعتبر من إجراءات التنفيذ ، كما بينا ؛ فهو أقرب إلى الإجراءات التحفظية . وكذلك لا يحرم الدائن من رفع دعوانا أن يكون دينه معلقاً على شرط . ولا صعوبة بالنسبة إلى الشرط .

(٢٠٩ - أحكام الالتزام)

القاضي ، إذ أن الدين الذي يعلق عليه ، طالما هو لم يتحقق ، يعتبر ديناً ثابتاً لصاحبه ، وإن كان مبدئياً بالوال مستقبلاً . أما الشرط الواقف ، فالأمر يدرج بالنسبة إليه ببعض الشيء . فالالتزام المعلق عليه ، لا يوجد في الحقيقة إلا بتحققه . ومع ذلك فالإجماع قد انعقد في الفقه المصري على ثبوت حق رفع الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن بهذا الالتزام . ولهذا الرأي ما يبرره . إذ أن الدعوى غير المباشرة ، وإن لم تكن إجراء تحفظاً محضاً ، إلا أنها تقرب منه ، ومن ثم ساع قياستها عليه ، وإعطائها حكمه الذي يقضي به القانون ، وهو أنه يجوز إجراؤه للدائن المعلق حقه على شرط واقف (المادة ٢٦٨) .

وإذا لم يكن ضرورياً ، لرفع الدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، فلا يلزم من باب أولى ، أن يكون حقه ثابتاً في سند رسمي . لهذا الأمر لا يتحقق إلا لاتخاذ إجراءات التنفيذ . ودعوانا ليست من هذا الصنف ، وإن استهدفت في الغالب التمهيد له .

وكذلك لا يتحقق أن يكون حق الدائن معلوم المقدار ، ولا أن يكون سابقاً في نشوئه على تاريخ نشوء حق المدين الذي تباشر الدعوى بصده . خلاصة ما سبق أنه يكفي ، لاستعمال الدائن حقوق مدينه ، أن يكون دائئاً له ، بمعنى أن يكون له قبله حق دائئده . ولا أهمية بعد ذلك لمصدر الدين ، سواء أكان بهذا أم فعلاً غير مشروع أم فعلاً نافعاً أم نص القانون ، ولا موضوعه ، سواء أكان التزاماً بالاعطاء أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ، أو كان معلوم المقدار أو غير معلومه ، ولا للأوصاف التي تلحقه كاقترانه بأجل أو تعليقه على شرط ، ولا لتاريخ نشوئه ، ولا لصفة السند الذي يكتسبه سواء أكان تنفيذياً أو غير تنفيذي .

وإذا اكتشفنا ، في رافع الدعوى غير المباشرة ، بأن يكون دائئاً ودائئاً فقط ، فهذه الصفة لازمة فيه . ويتحقق اتساقها بما عند رفع الدعوى واستمراره

محافظةً بها إلى الحكم نهائياً فيها . ويترتب على ذلك أنه لا يسوغ لشخص أن يرفع دعوى مدين معين ، على أساس احتمال صيرورته دائناً له فيما بعد ، كما لو كان إبناً لدائنه ، ويؤمل أن يرث الدين بعد موت أبيه ، فالو ارث هنا ، على أحسن الفروض ، دائن محتمل ، ولكنه حالاً ليس بدائن ، والدعوى غير المباشرة لا تثبت إلا للدائن . وإذا كان رافع الدعوى غير المباشرة دائناً عند رفعها ، ثم زالت هذه الصفة عنه ، قبل الحكم نهائياً فيها ، لأي سبب ، كأن دفع له دينه أو تحقق الشرط الفاسخ الذي كان هذا الدين معلقاً عليه ، فقد الصفة في الاستمرار فيها .

وقد أدى وجوب ثبوت صفة الدائن فيمن يرفع الدعوى غير المباشرة إلى إثارة خلاف بين الفقهاء بصدد الحالة التي يكون فيها حق الدائن منازعاً فيه ، كما إذا أنكر المدين أو مدين هذا المدين على الدائن حقه . فمن قائل إنه لا يسوغ للدائن مجئاً منازع فيه أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة ، في حين أن البعض الآخر يجزها له . والحقيقة وسط بين الرأيين . فبجرد المنازعة في حق الدائن لا يحرمه من رفع الدعوى . ولا نستطيع ، من ناحية أخرى ، أن نجيز له هذه الدعوى ، رغم عدم التثبت من حقه . ولكن المنازعة في حق الدائن ، إذا ما أثبت أمام القاضي ، تعتبر مسألة أولية ، يتحتم عليه البتة بحسمها قبل أن يفصل في موضوع الدعوى ، فإن استبان له أن حق الدائن موجود في الحقيقة ، قبل الدعوى ، وإذا تبين له العكس ، حكم بعدم قبولها .

٨ - ثانياً : مقود المدين التي يجوز للدائن مباشرتها عنه

حددنا فيما سبق نطاق الدعوى غير المباشرة من حيث الشخص الذي يسوغ له رفعها ، ورأينا أن هذا الشخص هو الدائن مجرداً عن أي اعتبار آخر . ونريد هنا أن نحدد نطاق هذه الدعوى ، من حيث الحقوق التي ترد

عليها فهل يسوغ للدائن أن يباشر عن مدينه كل حقوقه ، أم أنه يقتصر في ذلك على بعض هذه الحقوق دون بعضها الآخر ؟

واضح أنه لا يمكن أن نجيز للدائن استعمال كل حقوق مدينه ، وإلا كان في ذلك إهدار لحرية هذا المدين وتكرار لشخصيته . وقد لجأت المادة ٢٣٥/١ إلى إبراز هذه الفكرة بقولها : « لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان من متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » . ومن هذا النص يبين أن حقوق المدين التي ترد عليها الدعوى غير المباشرة تتقيد بالقيدين الآتين :

القيد الأول : عدم قابلية الحق للحجز : فإذا كان الحق غير قابل للحجز ، ما ساع للدائن مباشرته عن مدينه . وعلة هذا الحكم واضحة . إذ أن الدائن ، برفعه الدعوى غير المباشرة ، يستهدف الاستفادة من هذا الحق عن طريق إدخاله في ذمة مدينه ، تمهيداً لإجراء التنفيذ عليه فيما بعد . فإذا كان الحق غير قابل للحجز أصلاً ، كان استعمال الدائن إياه غير منتج له . وهكذا لا يسوغ للدائن أن يطالب باسم مدينه بنفقة مقررة له على الغير ، إلا إذا كان هو بدوره دائماً بالنفقة ؛ إذ أن دين النفقة غير قابل للحجز عليه إلا وفاء لنفقة مقررة وفي حدود الربع (المادة ٤٨٦ مرافعات) . ولا يجوز أيضاً للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى استرداد أرض له ، إذا كان كل ما يملكه هذا المدين من الأراضي ، ومن بينها الأرض موضوع الدعوى ، لا يتجاوز خمسة أفدنة ؛ إذ أنه لا يجوز الحجز على تلك الأرض ، تطبيقاً للقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ .

القيد الثاني : عدم اتصال الحق بشخص المدين خاصة : فإذا كان الحق متصلاً بشخص المدين خاصة ، امتنع على دائنه استعماله عنه . ولكن متى يعتبر الحق من هذا النوع ؟

كون الحق متصلاً بشخص المدين خاصة droit exclusivement attaché

la personne à اصطلاح تقليدى أخذناه عن القانون الفرنسى . وفيه كثير من الغموض ، ويمكن القول بأن يشمل الأمور الآتية :

١ - الحقوق غير المألوفة . فجميع الحقوق غير المألوفة ، سواء أكانت حقوقاً سياسية أم متعلقة بالأسرة ، تعتبر متصلة بشخص المدين خاصة ، ولا يجوز بالتالى لدائنه أن يستعملها عنه ولا صعوبة فى هذا الأمر ، والكل يجمع عليه . فلا يسوغ للدائن أن يتولى عن مدينه ترشيحه لمجلس الأمة ، ولا قيده فى جدول المحامين . كما إنه لا يجوز له أن يرفع عن مدينه دعوى بطلاق زوجته أو بثبوت نسبه . ويسرى هذا القول ، حتى لو كان من شأن استعمال حق المدين أن يدر عليه فائدة مالية ، كما لو كان فى طلاقه من زوجته الكف عن إلزامه بالنفقة عليها ، أو كان فى ثبوت نسبه استحقاته فى إرث .

٢ - إدارة أموال المدين : كل ما يتعلق بطريقة إدارة المدين لأمواله يعتبر متصلاً بشخصه خاصة ، ولا يسوغ لدائنيه أن يباشروه عنه . والقول بغير ذلك يؤدى إلى تدخل هؤلاء فى صميم شئونه ، الأمر الذى يتضمن اعتداء على حريته وأهله والشخصية وفرض نوع من الوصاية عليه . فلا يجوز للدائن ، مثلاً ، أن يؤجر أموال مدينه نيابة عنه ، بحجة أن المدين لا يحسن إيجارها أو أنه لا يحسن استغلالها بنفسه ؛ ولا يجوز للدائن أن يطلب إنهاء إيجار أبرمه مدينه بحجة ارتفاع الأجرة ؛ ولا يجوز له أن يقبل عن مدينه عرضاً وجه إليه بصدد إبرام صفقة من الصفقات ، إذ أن إبرام العقود من صميم عمل المدين ؛ ولا يجوز أن يطلب الشفعة له ؛ إلى غير ذلك من الأمور التى تتعلق بطريقة إدارة المدين أمواله .

٣ - الحقوق المألوفة التى تقوم مباشرتها على اعتبارات أدبية تمس شخص المدين . ومثال ذلك حق المدين فى طلب التعويض عن الضرر الأدبى ، وحقه فى قبول وصية ، وحقه فى الرجوع فى هبة عقدها لجوهر الموهوب له أ

ليكون الواهب قد أصبح عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكاتبه أو لكونه قد رزق ولداً، وحق المدين في نشر مؤلفه أو إعادة نشره .
في كل هذه الأمثلة وما يشابهها إذا قام استعمال الحق على اعتبارات أدبية لها مسيس الاتصال بشخص المدين ، كان لهذا وحده أن يقدر تلك الاعتبارات وما ساع أن محل الدائن محله فيها ، ومن ثم امتنع عليه أن يباشر الدعوى غير المباشرة .

ويلاحظ أننا ، في سردنا للأمثلة السابقة ، لم نفعل أكثر من التمشي مع ما يغلب حصوله في العمل ، وهو تأثر استعمال الحق باعتبارات أدبية يتحتم ترك تقديرها للمدين . فلك الأمثلة لا تصدق إلا إذا توافر فيها هذا الأمر .
وعلى هذا فإذا استبان للقاضي ، في أي من الأمثلة السابقة ، إن احجام المدين عن استعمال حقه لا يرجع إلى قدره للاعتبارات الأدبية ، ولكن لمجرد تكاسله أو عدم اهتمامه أو عجزه عما يتطلبه الأمر من مصروفات أو لم غيبته في الإضرار بدائنيته ، ما كان له أن يمنع الدائن من أن يستعمل عن مدينه هذا الحق . فإذا ثبت ، مثلاً ، أن عدم قبول المدين الوصية التي أوجرت له لا يرجع إلى اعتبارات أدبية تمل عليه عدم قبولها ، ولكن لمجرد خموله أو رغبته في الإضرار بدائنيته ، كان لأي من هؤلاء أن يقبل الوصية عنه . ويلاحظ أنه إذا رفع الدائن الدعوى غير المباشرة ، ولم يتمسك المدين (ويلزم إدخاله في هذه الدعوى كما سيجيء) بأن استعمال الحق متروك لاعتبارات أدبية يستقل هو بتقديرها ، اعتبر هذا الحق غير متعلق بشخصه ، وامتنع على القاضي الحكم بعدم قبولها ، حتى لو طلب ذلك الخصم الذي رفعت الدعوى عليه ، وهو مدين المدين .

وفي حدود القيدن اللذين بينهما ، وهما عدم قابلية الحق للحجز ، وعدم اتصال الحق بشخص المدين خاصة ، يسوغ للدائن أن يستعمل كافة حقوق مدينه ، على فرض توافر شروط الدعوى غير المباشرة التي سنحددها فيما بعد . فإلى جانب الأمثلة التي سبق سردها ، يجوز للدائن أن يرفع عن مدينه دعوى

ضمان الاستحقاق ، ودعوى ضمان العيوب الحقية . ودعوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو لعب من عيوب الرضا ، ودعوى تقديم الحساب ، ودعوى القسمة ، كما يجوز للدائن أن يتمسك باسم مدينه بالتقادم الذى يسرى لصالحه ، سواء أكان هذا التقادم مسقطاً لالتزام عليه (المادة ١/٣٨٧) ، أم مكسباً حقاً له (المادة ٩٧٣) .

ويلاحظ فى النهاية أن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يقولون ، بصدد بيان الحقوق التى يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه وتلك التى يجوز له ذلك ، بالتفرقة بين الحق والرخصة ، مبشرين بأنه لا يجوز للدائن أن يستعمل الرخص المقررة لمدينه ، وأنه يجوز له أن يستعمل عنه حقوقه ما دامت غير متصلة بشخصه وقابلة للحجز . وقد تعمدنا ألا نشير إلى تلك التفرقة ، لشدة غرضها وإيهامها ، ولأنها تؤدي إلى الزلل فى كثير من الأحيان^(١)

٨١ -- (ب) شروط الدعوى غير المباشرة

حددنا فيما سبق نطاق الدعوى غير المباشرة ، من حيث الدائن الذى يسوغ له رفعها ، والحقوق التى يمكن استعمالها عن طريقها (والفرض هنا أننا أمام دائن ممن يسوغ لهم رفع دعوانا ، وأمام حق مما يمكن مباشرته عن طريقها ، ونريد أن نحدد الشروط التى يلزم توافرها ، لئلى يستطيع ذاك الدائن أن يستعمل عن مدينه هذا الحق ، أى أن يلجأ بشانه إلى الدعوى غير المباشرة .

وتحدد هذه الشروط بالغاية التى تستهدفها الدعوى غير المباشرة ، وهى ، كما بينا ، منع فعول المدين وتكاسله فى مباشرة حقوقه من إلحاق الضرر بدائنيه

(١) انظر فى بقد التفرقة بين الحق والرخصة ، اسماعيل غانم ، نبذة ٨٣ وهامش رقم ١ ص ١٨٣ .

سبب الحيلولة بينهم وبين استيفاء حقوقهم كلياً أو جزئياً . وتمشياً مع هذه الغاية ، جاءت المادة ٢٣٥/٢ بتحديد شروط دعوانا بقولها :
٢- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار ، ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله (خصم) في الدعوى . ومن هذا النص ، يتضح أنه يلزم ، لاستعمال الدائن حقوق مدينه ، أو لرفع الدعوى غير المباشرة ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ - قعود المدين عن استعمال حقه بنفسه . وهذا هو الشرط الرئيسي . وتبريره واضح للعيان . إذ أن الغاية من الدعوى غير المباشرة هي أن يدرأ الدائن بها الضرر الذي يهدده بسبب تكاسل المدين وإهماله في مباشرة حقوقه . فإذا كان المدين قد نشط إلى استعمال حقه بنفسه ، أو كانت أمامه فسحة من الوقت لاستعماله دون ما ضرر ، ما ساع للدائن أن يرميه بالتقصير والإهمال .

ولا يلزم لمباشرة دعوانا لإقعود المدين في استعمال حقه بنفسه ، حينما تستلزم مصلحة الدائن نشاطه . فلا بهم بعد ذلك سبب قعوده ، سواء أكان سوء نيته ورغبته في الإضرار بالدائن ، أم مجرد تكاسله وخموله . ويقع عبء اثبات قعود المدين عن استعمال حقه على الدائن .

٢ - ويترتب على استلزام قعود المدين عن استعمال حقه أنه إذا ثبت هذا القعود في بادئ الأمر ، فرفع الدائن الدعوى غير المباشرة ، ثم نشط المدين بعد إدخاله فيها ، ولجأ إلى الدفاع عن حقه متخذاً موقفاً إيجابياً لا يتم عن تلكؤ أو إهمال ، فقد الدائن صفته في الاستمرار في توجيه هذه الدعوى ، باعتبارها نائبة عن المدين فيها ، وإن كان له أن يبقى فيها باعتباره طرفاً منضماً (المادة

١٥٢ مرافعات) ، ليحول دون ما قد يلجأ إليه المدين فيما بعد من تراطؤ
أو إهمال .

٢ - لا يكفي أن يقعد المدين عن استعمال حقه ، بل يلزم أن يكون
من شأن عدم استعماله هذا الحق أن يسبب إفساده أو زيادته في إن كان المدين
مقتدراً ، وتكفي أمواله للوفاء بديونه ، بغض النظر عن الحق الذي أهمل
في مباشرة ، ما كان للدائن أن يتضرر من هذا الإهمال ، إذ هو يستطيع
أن يستوفي حقه كاملاً من تلك الأموال . ولا دعوى بلا مصلحة .

ويجب تفسير الإعسار هنا على هدى الغاية التي تستهدفها الدعوى
غير المباشرة ، وهي منع تكاسل المدين وقعوده عن استعمال حقه من أن يحول
بين الدائن وبين استيفاء دينه كلياً أو جزئياً . فلا يلزم أن يكون الإعسار
قانونياً ، بمعنى أن يكون القضاء قد حكم بشهره ، بل يكفي أن يكون واقعياً ،
وهو يكون كذلك في كل حالة تزيد فيها ديون المدين على حقوقه ، سواء
أوصل المدين إلى تلك الحالة بغض النظر عن الحق الذي أهمل في استعماله ،
أم كان من شأن هذا الإهمال أن يصل به إليها . بل إننا نرى أن المدين يعتبر
معسراً ، في منطلق الدعوى غير المباشرة ، إذا كان من شأن إهماله عن مباشرة
حقه ، أن يحول بين دائته وبين استيفاء حقه منه ، على النحو الذي تقتضيه
ظروف الحال ، حتى لو كان الإعسار بمعناه العادي المألوف ، وهو زيادة
ديون المدين على أمواله ، لا تتوافر^(١)

(١) وتتوافر هذه الحالة ، على وجه الخصوص ، عندما يشتري شخص عقاراً بمقد غير مسجل ،
ثم يبيعه إلى آخر . ففي هذه الحالة ، يستحيل على المشتري الثاني أن يسجل عقده ويقتل ملكية
البيع إليه ، ما بقي عقد المشتري الأول غير مسجل . فإن أحجم هذا الأخير عن تسجيل البيع
الصادر إليه ، اعتبر معسراً ، بالنسبة إلى تنفيذ التزامه بقتل ملكية العقار إلى المشتري منه ، حتى
لو كانت لديه وفرة من المال تغطي كل ديونه ، مادام المشتري منه يمسك بالتنفيذ المعني بالتزامه .
ويترب على ذلك أن يثبت للمشتري الثاني ، أن يرفع ، باسم البائع له ، دعوى بصحة ونفاد
البيع الصادر إليه ، تمهيداً لتسجيله ثم تسجيل عقده هو بعد ذلك .

وكما هي الحال بالنسبة إلى تعود المدين عن استعمال حقّه ، يقع عبء إثبات إعساره على الدائن . وما على الدائن ، لإقامة الدليل على إعسار مدينه . إلا أن يثبت مقدار ما عليه من ديون ، وعلى المدين أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة تلك الديون أو يزيد عليها (المادة ٢٣٩) .

٣- والشرط الثالث والآخر لاستعمال الدائن حقوق مدينه عن طريق رفع الدعوى غير المباشرة هو إدخال المدين في هذه الدعوى . وهو شرط يتعلق بالإجراءات ، كما هو ظاهر .

والحكمة من استلزام إدخال المدين في الدعوى غير المباشرة ظاهرة . إذ هو الحصص الأصيل ، وما الدائن فيها إلا مجرد نائب عنه ، فلزم أن يكون موجوداً فيها بنفسه ، ليسهم في الدفاع عن مصلحته ضد مدينه هو . ثم إنه إذا لم يدخل المدين في الدعوى ، كان الحكم الصادر فيها غير سار في مواجهته ، وبالتالي فقد قيمته العملية .

وإذا لم يدخل المدين في الدعوى ، ولم يدخل هو فيها من تلقاء نفسه ، كانت غير مقبولة ، تختلف شرط من شروط مباشرتها . وإذا لزم إدخال المدين في الدعوى غير المباشرة ، فإن إعذاره ليس ضرورياً فالإعذار ، كما بينا ، دعوة يوجهها الدائن لمدينه يدعوه فيها إلى الوفاء بالتزامه ، وإلا اعتبر مقصراً . والدائن يرفع الدعوى غير المباشرة ، أو باستعماله حقوق مدينه عموماً ، لا يطالب بحقه هو قبله ، وإنما يطالب بحق المدين قبل الغير ، باسمه ونابة عنه .

٨٢- أثر الدعوى غير المباشرة

بيننا فيما سبق الدائن الذي يسوغ له رفع الدعوى غير المباشرة ، والحقوق التي ترد عليها هذه الدعوى ، ثم شروط مباشرتها . والفرض الآن أن شروط

هذه الدعوى متوافرة ، وأن الدائن الذى يجوز له مباشرتها قد رفعها بالفعل عن حق يجوز رفعها بصدده . ونريد هنا أن نحدد الآثار التى تترتب على رفعها وعلى الحكم فيها .

والفكرة الأساسية التى تبين على آثار الدعوى غير المباشرة هى أن الدائن ، فى رفعها ، يعتبر نائبا عن المدين نيابة قانونية ، أى ناشئة عن القانون مباشرة ، وأن اتسمت هذه النيابة بالشذوذ ويرجع هذا الشذوذ إلى أنها مقررة لفائدة النائب ، وهو هنا الدائن ، فى حين أن النيابة تقرر فى العادة لفائدة الأصيل . ويترب على كون نيابة الدائن مقررة لصالح الدائن دون المدين ، أن وجوده فى الدعوى لا ينفي عن وجود المدين ، بل يتحتم إدخاله معه فيها ، كما سبق لنا البيان .

وثبة الدائن عن المدين هنا نيابة قاصرة محدودة . فهى لا ترد إلا على استعمال حقوق المدين ، عن طريق التحفظ عليها والمطالبة بها قضاء . فهى لا تقع على التصرف فى حقوق المدين . ومن ثم لا يسوغ للدائن أن يصطالح على حق المدين أو ينزل عنه أو يجرى أى تصرف آخر فيه . فإن فعل ، كان تصرفه غير نافذ فى مواجهة المدين ، مالم يقره .

ويترب على اعتبار الدائن ، فى استعماله حقوق مدينه ، نائبا عن هذا المدين ، أن رفع الدعوى غير المباشرة والحكم فيها ينتجان نفس الآثار التى كانت لتترتب ، لو أن المدين هو الذى أقامها بنفسه . وعلى الأخص لا تتول أئمة الدعوى ، إن أثمرت ، للدائن الذى رفعها ، بل تذهب إلى ذمه المدين ، وتدخل بذلك فى الضمان العام المقرر لكل دائئيه . وقد ركزت المادة ٢٣٦ هذه الفكرة بقولها : ويعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمنا لجميع دائئيه .

هذا هو محل الآثار التي تترتب على رفع الدعوى غير المباشرة والحكم فيها . ولتفصيل ما أوجعناه ، نتناول آثار هذه الدعوى بالنسبة إلى المدين ، وبالنسبة إلى الخصم الذي ترفع عليه أى مدين المدين ، وبالنسبة إلى الدائن الذى رفعها إلى غيره من الدائنين .

٨٣- أثر الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين

لا يؤثر رفع الدعوى غير المباشرة في سلطة المدين على الحق الذى ترفع هذه الدعوى بصدده في قبض المدين مطلق التصرف في هذا الحق ، كما كان له قبل رفعها . وعلة ذلك أن الدائن ، في استعماله حقوق مدينه ، يعتبر نائباً عنه في ذلك ، والنياحة لا تغل يد الأصل عن التصرف فيما تاب عنه غيره فيه .

ونرى هكذا يسوغ للمدين رغم استعمال الدائن لحق من حقوقه ، أن يجرى على هذا الحق كافة التصرفات القانونية فإذا رفع الدائن ، مثلاً ، الدعوى بتغيير المباشرة على شخص اغتصب أرضاً للمدين مطالباً بالحكم باستحقاق المدين لهذه الأرض ، فإن رفع هذه الدعوى لا يمنع المدين من أن يجرى على الأرض كافة التصرفات ، كأن يبيعها أو يهبها أو يقايض عليها أو يرهنها أو يتصلح عليها ، وسواء في هذا أن يرم التصرف لصالح شخص من الغير أم لصالح المعتصب نفسه . وإذا طالب الدائن ، باسم مدينه ، بدين لهذا المدين على آخر ، فإن ذلك لا يمنع المدين من أن يقبض قيمة الدين أو يستقضيه بأي سبب آخر من أسباب اقتضاء الالتزام ، أو يحوله أو يبرئ المدين منه . فكل تصرفات المدين في حقه ، رغم رفع الدعوى غير المباشرة بصدده ، تقع سائغة . ولا يجوز للدائن الذى رفع تلك الدعوى أن يهاجمها إلا عن طريق الدعوى البوليصية ، إذا توافرت له شروطها ، شأنه في هذا شأن أى دائن آخر .

وفي عدم منع المدين من التصرف في حقه ، برغم رفع الدعوى غير
المباشرة بصده ، تمثل قصور هذه الدعوى وعجزها ، لاسيما إذا كان هذا
الحق هو مبلغ تقدي . وهذا ما يفسر ندرة الالتجاء إليها . ويفضلها بكثير
الالتجاء الدائن إلى إجراء حجز ما للمدين لدى الغير . لأن من مقضى هذا الحجز ،
الأسرى في حق الدائن الحاجز أى تصرف بحرية المدين في الدين بعد
إعلانه بورقة الحجز ، كما أنه لا يسرى في حقه وفاء المحجوز لديه بالدين .

٨٤ - أمر الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى مدين المدين

كما أن رفع الدعوى غير المباشرة لا يؤثر في سلطة المدين في التصرف
في حقه الذي رفعت تلك الدعوى به ، فإنه لا يؤثر أيضاً في مركز مدين المدين ،
وهو الخصم الذي رفع الدعوى ضده . فـ مدين المدين يرى نفسه
في نفس المركز الذي كان ليوجد فيه ، لو أن المدين هو الذي
رفع عليه الدعوى بنفسه . فالدائن لا يرفع الدعوى هنا باسمه ،
ولكن باسم المدين ونابة عنه . فرافع الدعوى الحقيقي إذا هو المدين ،
ولو أن قمص الدائن شخصيته . يترتب على ذلك أن مدين المدين يستطيع
أن يتمسك في مواجهة الدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة عليه ، بكافة
الدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المدين شخصياً ، دون تفريق
في هذا بين الدفع التي نشأ سببها قبل رفع الدعوى ، وتلك التي قام سببها بعد
ذلك . فله ، مثلاً ، أن يتمسك في مواجهة الدائن بطلان العقد الذي نشأ
بالإلزام ، لأي سبب من أسباب البطلان ، وبفسخ هذا العقد إذا كان المدين
لم ينفذ التزاماته الناشئة عنه ، وبالدفع بعدم التنفيذ ، وبانقضاء دينه بوفائه للمدين
حتى لو كان هذا الوفاء قد تم بعد رفع الدعوى ، وبانقضاء هذا الدين بالمقاصة
بينه وبين حق له على المدين حتى لو كانت هذه المقاصة قد وقعت بعد رفع
الدعوى ، وبانقضاء هذا الدين بأي سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام .

وإذا كان لمدين المدين أن يتمسك ، في مواجهة الدائن الذي يرفع عليه الدعوى غير المباشرة ، بكل الدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المدين ، لو أنه هو الذي رفع عليه الدعوى بنفسه ، إلا أنه لا يسوغ له بالضرورة أن يتمسك ، لدفع هذه الدعوى ، بالدفوع الخاصة بالدائن . لأن الدائن لا يرفع الدعوى غير المباشرة إلا نيابة عن المدين ؛ والدعوى التي يرفعها النائب باسم الأصيل لا تدفع بالدفوع الخاصة بالنائب ، ولكن فقط بالدفوع الخاصة بالأصيل . وعلى هذا فإذا كان مدين المدين دائناً للدائن ، الذي يرفع عليه الدعوى غير المباشرة ، ما ساع له أن يتمسك ، لدفع هذه الدعوى ، بالمقاصة .

٨٥ - أثر الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائنين

بمقتضى الدائن في رفعه الدعوى غير المباشرة ، لا يعدو أن يكون نائباً عن مدينه في رفعها ، كما قلنا مراراً . ولذلك فثمرة هذه الدعوى ، إذا نجحت ، لا تصرف إلى الدائن الذي باشرها ، بل تصرف إلى المدين . فهو صاحب الحق ، ولم يفعل الدائن أكثر من المطالبة له به .

وما دام الحق قد ثبت للمدين ، فهو يدخل في ذمته ، وبالتالي في الضمان العام المقرر لكل دائنيه ، دون تفريق في هذا بين من رفع منهم الدعوى غير المباشرة أو اشترك فيها ، وبين من ظل بعيداً عنها . فرافع الدعوى غير المباشرة لا يستأثر ثمرتها . بل هو لا يتقدم على غيره من دائني المدين في استيفاء أصل حقه^(١) منها . بل هو لا يستطيع أن يستوفي حقه من ثمرة الدعوى ، إلا إذا ألجأ إلى إجراءات التنفيذ عليها ، شأنه في هذا شأن غيره من الدائنين ، وعلى قدم المساواة بينهم . وقد ركز الشرع هذه الفكرة في المادة ٢٣٦ التي تقضي بأنه :

(١) ولكن ثبت له على ثمرة الدعوى حق امتياز ضمن له المصروفات التي أنفقها في مباشرة الدعوى ، وهذا هو امتياز المصروفات القضائية .

و يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدنه نائبا عن هذا المدين ، وفي فائدة تلج
من استعمال هذه الحقوق تدخل في أعمال المدين وتكون ضمنا
لجميع دانيه .

٨٦ - الدعوى المباشرة

تبينا خلال دراستنا لنظام الدعوى غير المباشرة مدى ماتسم به هذه
الدعوى من قصور في حماية حق الدائن الذي يلجأ إليها . فضلا عن النطاق
الضيق الذي تباشر فيه ، والذي يتحدد بعود المدين عن مباشرة حقه في
الحالة التي يؤدي فيها قعوده هذا إلى إفساره أو إلى تفاقم هذا الإفسار ، نجد
أن مباشرة الدائن لتلك الدعوى يعترها ، في سبيل حماية حقه ، القصور من
ناحيتين أساسيتين ؛ هما الآتيتان :

(الأولى) استعمال الدائن حق مدنه عن طريق الدعوى غير المباشرة
لا يحرم المدين من التصرف في حقه . فالدائن يعتبر هنا مجرد نائب عن المدين .
ولذلك يبقى المدين سيد الموقف . فله أن يتصرف في حقه بكل أنواع التصرفات
التي كان له أن يباشرها عليه قبل رفع الدعوى^(١) . فإن كان موضوع الحق الذي
رفعت به الدعوى مبلغا من النقود ، مثلا ، كان للمدين أن يستأديه ، بل كان له
أن يبرئ المدين منه . وبهذا يقع مجرود الدائن مهذبا بالفشل .

(الثانية) وحتى لو أثمرت الدعوى غير المباشرة ، فالدائن الذي رفعها
لا يستأثر بثمرتها . فهي تنزل إلى المدين ، كما بنا . ومؤدى أيولتها إلى المدين
وقوعها في الضمان العام المقرر لجميع دائنيه . وهكذا يرى الدائن الذي يرفع
الدعوى غير المباشرة نفسه على قدم المساواة مع غيره من الدائنين العاديين
الذين يشتركون معه في التنفيذ على الحق الذي أفلحت الدعوى في تقريره

(١) مع عدم الإخلال بحق الدائن في الطعن في هذه التصرفات بالدعوى البوايسية ، إذا
توافرت شروطها :

للدين ، حتى إذا ما تناحروا ، اقتسموه قسمة غريما .

وأما قصور الدعوى غير المباشرة في حفظ حق الدائن الذي يلجأ إليها ، رأى المشرع أن يقرها بنظام آخر أكثر فائدة ، وهذا هو نظام الدعوى المباشرة .

نظام الدعوى المباشرة ، أن يطالب الدائن بحقه على مدينه ، من مدين المدينة ، لا باسم المدين ونياية عنه ، كما هي الحال في الدعوى غير المباشرة ، ولكن باسمه هو (أي الدائن) وباعتباره أصيلا عن نفسه . فالقانون هنا يمنح الدائن حقا ذاتيا في أن يستأدى دينه ، لا من مدينه فحسب ، بل من مدين مدينه أيضا . ومثال ذلك أن يؤجر زيد داره لمحمود ، ثم يجيء محمود فيؤجر بدوره الدار من الباطن لعمر ؛ هنا يمنح القانون لزيد (المؤجر الأصلي) دعوى مباشرة ضد عمر (المستأجر من الباطن) ، بمقتضاها يستطيع أن يطالبه باسمه (باسم زيد) بالأجرة التي تكون ثابتة في ذمته (ذمة عمر) لمحمود (المستأجر الأصلي) عند إنذاره بدفعها له (المادة ٥٩٦/٢) ، وذلك بطبيعة الحال في حدود ما يكون ثابتا لزيد على محمود بمقتضى الإيجار المبرم بينهما .

فقد تختلف الدعوى المباشرة اختلافا أساسيا عن الدعوى غير المباشرة ؛ فطاعة بذلك بالنسبة إلى نظام كل منهما ، والوسيلة التي تقوم عليها ، (والأهم) المرتب عنها .

فالنسبة إلى نطاق كل من الدعويين ، نرى أن الدعوى غير المباشرة تسمى بالعموم والشمول ، بمعنى أن لكل دائن أن يباشرها ، مادامت شروطها قد توافرت . فهي لا تنقيد بنوع معين من الدائنين . أما الدعوى المباشرة ، فهي دعوى استثنائية ، لا تثبت إلا في حالات فردية خاصة بالقة القلة ؛ بل إنه يلزم ، لثبوتها في حالة معينة ، أن يقضى القانون بذلك ؛ فهي لا تكون بغير نص خاص يقرها .

وبالنسبة إلى الوسيلة التي تقوم عليها كل من الدعويين ، نرى أن من

مقتضى الدعوى غير المباشرة أن يستعمل الدائن حق مدينه باسم هذا المدين ونياية عنه . أما فى الدعوى المباشرة ، فالدائن لا يستعمل حقاً للمدين باسم هذا المدين ونياية عنه ؛ ولكنه يستعمل حقاً ثابتاً له هو شخصياً ، وهو مباشرة ذلك باسمه وباعتباره أصلاً عن نفسه .

ويترتب على اختلاف الوسيلة التى يقوم عليها كل من الدعويين ، اختلاف جوهرى فى الآثار المترتبة عليهما . ففى حين أن رفع الدعوى غير المباشرة لا يغل يد المدين فى التصرف فى حقه ، كما سبق أن بينا تفصيلاً ، نرى أن تصرفات المدين فى حقه الذى رفع الدائن بصدده الدعوى المباشرة ، لا تنفذ فى حق الدائن فإذا جاء المستأجر الأصلى ، مثلاً ، وتنازل عن الأجرة المستحقة له على المستأجر من الباطن ، بعد إنذار المؤجر الأصلى لهذا الأخير بأن يدفع له هو الأجرة المستحقة عليه ، كان هذا التنازل غير سار فى مواجهة المؤجر الأصلى . وكذلك الحال بالنسبة إلى دفع المستأجر من الباطن الأجرة المستحقة عليه للمستأجر الأصلى ، بعد إنذار المؤجر الأصلى له بأن يدفع له تلك الأجرة مباشرة .

وتختلف آثار الدعويين ، من ناحية أخرى أساسية . فقد رأينا أن ثمرة الدعوى غير المباشرة ، إذا ما نجحت ، تثول للمدين ، فلا يستأثر بها الدائن الذى رفعها ، وإنما يقاسمه فيها قسمة غرماء غيره من الدائنين الذين يشتركون معه فى التنفيذ عليها ؛ أما ثمرة الدعوى غير المباشرة ، فستأثر بها رافعها . لأن الدائن الذى رفع الدعوى المباشرة ، يرفعها تأسيساً على حق ثابت له شخصياً فى اقتضاء حقه على مدينه من مدين هذا المدين . وعلى هذا لا يخضع الدائن هنا لحزمة الدائنين الآخرين لمدينه . وهذه هى الميزة الأساسية للدعوى المباشرة ، والتى من شأنها أن يرى رافعها نفسه فى مركز متميز عن ذلك الذى يوجد فيه باقى دائتى المدين ؛ وبهذه الميزة تقترب الدعوى المباشرة من حق الامتياز ، الأمر الذى يجعل الاجماع يتعقد على أنها لا تثبت إلا بنص خاص ، (م ١٠ - أحكام الأكرام)

شأنها في هذا شأن حق الامتياز ، وذلك تحديداً للقيود التي ترد على المبدأ الأساسي الذي يقضى بالمساواة بين الدائنين .

ولسنا هنا بصدد سرد جميع الحالات التي تثبت فيها الدعوى المباشرة .
ويكفي أن نذكر بعض أمثلة لها . ومن تلك الأمثلة ، الدعوى التي تثبت للمؤجر قبل المستأجر من الباطن بالآجرة المستحقة على هذا الأخير لصالح المستأجر الأصلي وقت أن ينزله المؤجر (المادة ٥٩٦ / ١) والدعوى التي تثبت للمقاول من الباطن قبل رب العمل بما يكون مستحقاً على هذا الأخير للمقاول الأصلي وقت رفعها (المادة ٦٦٢ / ١) ، ودعوى العامل المصاب قبل شركة التأمين التي أمنت رب العمل عن حوادث العمل بالتعويض المستحق له (المادة ٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠) .

٢ - دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه

أو الدعوى البوليصة

٨٧ - تبيننا فيما سبق أن القانون يكفل الوفاء بحق الدائن بتقريره أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه (المادة ٢٣٤ / ١) ، ورأينا ، نتيجة لتلك الفكرة أن افتقار المدين أو اغتنائه يؤثر في دائنيه ، من حيث إضعاف فرص استيفائهم حقوقهم أو زيادتها . ومن أجل ذلك يعمد القانون إلى تسليح الدائن بما قد يمكنه من منع افتقار مدنه ، في الحالة التي يكون من شأن هذا الافتقار فيها أن يضع عليه فرصة استيفاء حقه كاملاً . وقد رأينا مظهراً لذلك في الدعوى غير المباشرة ، التي يتوصل الدائن عن طريقها إلى انتفاء الضرر الذي من شأنه قعود المدين وخوله في استعمال حقوقه أن يرتبه له . وقد لا يقتصر المدين على اتخاذ موقف سلبي يتضمن القعود أو التكاثر في استعمال حقوقه ، وإنما يتخذ موقفاً إيجابياً ، بأن يتصرف في مال له أو يعقد ديناً جديداً ينقل كاهله . وكان لابد للشرع من أن يمنح الدائن وسيلة يواجه

بها هذا الموقف الإيجابي من مدينه ، عندما يتحقق إضراره به ، وقد عمد إلى ذلك فلا بتحويل الدائن الحق في أن يعتبر التصرف الصادر من مدينه غير سار أو غير نافذ في مواجهته ، إذا توافرت شروط معينة . وفي ذلك تقضى المادة ٢٢٧ بأنه : « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية » .

والوسيلة التي يلجأ إليها الدائن لتقرير عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهته ، هي دعوى يرفعها على هذا المدين وعلى المتصرف له منه . ومثال ذلك أن يبيع المدين أرضه ، فيرفع الدائن دعوى يحتكم فيها هذا المدين ومن اشترى منه الأرض ، ويطلب فيها الحكم بعدم نفاذ البيع في مواجهته « من أجل ذلك تسمى هذه الوسيلة بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه . ويطلق عليها اسم آخر أكثر شيوعاً ، لأنه قد أضيق عليها من عهد بعيد تمتد جذوره عميقاً في دنيا الماضي ؛ وهذا الاسم هو الدعوى البولصية *action paulienne* نسبة إلى البريتير الروماني Paul أو بولص الذي ادعى البعض أنه هو أول من أدخل هذه الدعوى في القانون الروماني (١) .

والغاية التي تستهدفها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه هي أو الدعوى البولصية ، هي تقرير عدم وجود هذا التصرف بالنسبة إلى الدائنين ، وهذا يحق هؤلاء أن يعتبروا المال موضوع التصرف أنه لا زال موجوداً ،

(١) وقد أصبحت هذه الفكرة على شك كبير في وقتنا الحاضر ، بعد أن وصل الكثيرون من فقهاء القانون الروماني وتاريخ القانون ، نتيجة الأبحاث التي أجروها ، إلى أن البريتير بولص لا يبدو أن يكون شخصية وهمية اخترعها بعض من تولوا التعقيب على القانون الروماني .

في ذمة مدنيهم ، وبالتالي في الضمان العام المقرر لهم على كل على أمواله ؛ الأمر الذي يخولهم التنفيذ عليه ، شأنه في هذا شأن باقي أموال المدين .

AA - مزاج البحث :

أعطينا فيما سبق فكرة عامة عن الدعوى البولصية . ويتحتم علينا الآن أن نتبين أحكامها تفصيلا . وفي هذا السيل ، نبدأ ببيان الدائن الذي يحق له رفعها ، ثم نقيب بشروطها ، لنختتم في النهاية بالآثار المترتبة على الحكم فيها .

٨٩ - (١) الدائن الذي يسوغ له رفع الدعوى البولصية

يشترك القانون بعض الشيء ، بالنسبة إلى الدائن الذي يسوغ له رفع الدعوى البولصية ، عما عليه الحال بالنسبة إلى من يحق له رفع الدعوى غير المباشرة . والسبب في ذلك أن الدعوى الأولى أشد عنفاً من الثانية . ففي حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر في أثرها على استعمال الدائن حق مدنيته باسم هذا المدين ونيابة عنه ، تستهدف الدعوى البولصية مهاجمة التصرف الذي أجراه المدين وتقرير عدم نفاذه في حق الدائن . الأمر الذي يجرده في الغالب من كل قيمة عملية . فبخلاف الدعوى غير المباشرة ، لا تثبت الدعوى البولصية لكل دائن . وإنما يلزم فيمن يرفعها أن يتوافر فيها الشرطان الآتيان :

١ - يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، بمعنى أن يكون واجب على المدين أدائه حالا . وفي ذلك تنص المادة ٢٣٧ على أن الدعوى البولصية تثبت لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وهذا خلاف جوهرى بين دعوانا والدعوى غير المباشرة ، التي تثبت ، كما رأينا ، لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء (المادة ٢٣٥) .

وهكذا لا يسوغ للدائن الذي لم يصبح حقه واجب الأداء بعد أن يرفع الدعوى البوليصة . والمثال الغالب لهذه الحالة هو الدين المضاف إلى أجل وإقف لما يحل ، كما إذا كنت دائماً على مبلغ من النقود يستحق أدائه على بعد عام . فظالماً أن الأجل لم يحل أو لم يسقط ، فالدين المقترن به لا يكون مستحق الأداء حالا ، وبالتالي يحرم صاحبه من الدعوى البوليصة .

وبلاحظ أن من شروط الدعوى البوليصة ، كما سنبينه بعد قليل ، أن يكون المدين معسراً . وقد يتبادر إلى الذهن أن من شأن إعسار المدين هذا أن يسقط آجال ديونه ، فتصبح تلك الديون مستحقة الأداء ، ويستطيع أصحابها بالتالي رفع الدعوى البوليصة . ولكن هذا غير صحيح على وجه الإطلاق والشمول . فالذي يسقط آجال الديون هو شهر الإعسار قضاء (المادة ٢٧٣ / ١) . في حين أن المقصود بالإعسار ، الذي هو شرط لمباشرة الدعوى البوليصة ، هو مجرد الإعسار الواقعي ، أي الحالة التي تزيد فيها ديون المدين على أمواله ، دون ما ضرورة للحكم بشهر إعساره . وهكذا فمن المتصور أن يعتبر المدين معسراً ، في منطق الدعوى البوليصة ، دون أن يترتب على إعساره هذا سقوط آجال ديونه ، فيحرم الدائنون بالحقوق المقترنة بهذه الأجال من رفع الدعوى البوليصة ، ما بقيت تلك الأجال قائمة لم تحل أو لم تسقط (١) .

(١) وبما يزيد في تأكيد هذه الحالة أن المدين يعتبر معسراً ، في منطق الدعوى البوليصة ، إذا زادت ديونه على حقوقه ، فقد ما تفرق في هذه الديون بين ما استحق منها بالتقابل وبين ما لم يستحق بعد ؛ في حين أنه يلزم ، للحكم بشهر الإعسار قضاء ، أن تزيد الديون المستحقة الأداء وحدها ، على أموال المدين ؛ أي أن الديون غير المستحقة الأداء لا تدخل هنا في الاعتبار . ثم أنه حتى في الحالة التي تزيد فيها ديون المدين المستحقة الأداء على أمواله ، نجد أن القاضي لا يلزم به شهر إعساره ، بل له في هذا المجال سلطة رحبة الحدود ، يستطيع بمقتضاها أن يرفض شهر إعسار المدين ؛ وذلك إذا ما تبين أن لهذا الدين أملاً في إفاكه من عثرته (المادة ٢٥١) . فضلاً عما سبق ، يجوز للقاضي ، رغم الحكم به شهر إعسار المدين ، أن يحكم بقاء الأجل أو حتى منه (المادة ٢٥٥ / ٢) .

وكا هو الشأن بالنسبة إلى الدائن بحق مقترن بأجل لما يحل ، لا يستطيع الدائن بحق معلق على شرط واقف أن يرفع الدعوى البولصية . لأن الشرط الواقف يحرم الحق المعلق عليه من الوجود ، طالما أنه لم يتحقق بعد . أما الدائن بحق معلق على شرط فاسخ ، فيثبت له رفع دعوانا ؛ لأن الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق موجود وناقد ، وإن كان احتمال تحقق الشرط يتهده بالزوال مستقبلا .

٢ - يجب أن يكون حق الدائن سابقاً في تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام التصرف المطعون فيه . فلا يكفي ، لرفع الدعوى البولصية ، أن يكون للدائن حق مستحق الأداء ، ولكن يلزم أن يكون حقه هذا قد ثبت له قبل إبرام المدين التصرف المطعون فيه . وفي ذلك أيضاً تختلف دعوانا عن الدعوى غير المباشرة ، كما يتضح مما سبق بيانه في حينه .

نظراً والسبب في استلزام كون حق الدائن سابقاً في تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام تصرف المدين ، للطعن في هذا الأخير بالدعوى البولصية ، هو ما لهذا الإجراء من خطورة بالغة ، وعلى الأخص بالنسبة إلى المتصرف إليه ؛ الأمر الذي أدى تعليق مباشرة تلك الدعوى على وجود داع قوي يبرره . وهذا الداعي القوي لا يتوافر ، إلا إذا كان حق الدائن موجوداً عند إبرام المدين التصرف المطعون فيه . إذ أنه لو كان هذا التصرف قد انعقد قبل أن ينشأ حق الدائن ، ما كان لهذا الأخير أن يتأذى من إبرامه .

معاً من
الحق الذي يدخل في الاعتبار هنا هو تاريخ نشوء الدين . فلا أهمية بعد ذلك لتاريخ استحقاقه ، فإذا نشأ الدين مضافاً إلى أجل ، ثم أجرى المدين تصرفاً ما ، حتى قبل حلول هذا الأجل ، كان للدائن أن يطعن في ذلك التصرف بالدعوى البولصية ، عندما يكون أجل دينه قد حل ، بطبيعة الحال . ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى الدائن تحت شرط واقف ؛ فلو أن حقه قد نشأ في تاريخ

معين ، ثم جاء المدين وأجرى التصرف ، حتى قبل أن يتحقق الشرط ، كان للدائن ، بعد أن يتحقق الشرط ، أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية .

وكا أنه لا أهمية لتاريخ استحقاق الدين ، فلا أهمية أيضاً لتاريخ تحديد مقداره إن نشأ غير معلوم المقدار ، ولا لتاريخ حسم ما يور بصدده من نزاع إذا نوزع فيه . فإذا حدث في تاريخ معين ، مثلاً ، أن دهم شخص آخر بسيارته فسبب له الضرر ، ونشأ للبضور بذلك حق في التعويض ، ساغ لهذا الأخير أن يطعن بالدعوى البولصية في التصرفات التي يجرها محدث الضرر بعد وقوع الحادث ، حتى لو وقعت تلك التصرفات قبل أن يتحدد مقدار التعويض قضاء أو اتفاقاً ، وحتى قبل أن يحسم القضاء في المنازعة التي قد يثيرها المستول بصدد ثبوت التعويض عليه .

وكا أن الذي يدخل في الاعتبار ، عند تقرير أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه بالدعوى البولصية ، هو تاريخ نشوء هذا الدين ، أي تاريخ وقوع المصدر الذي ولده ، فإن الذي يدخل في الاعتبار ، بالنسبة إلى التصرف المطعون فيه ، هو تاريخ إبرامه . ويترب على ذلك أنه إذا كان التصرف المطعون فيه ما يلزم شهره بالتسجيل أو القيد ، وقع تاريخ إجراؤه هذا الشهر غير مؤثر ، بالنسبة إلى مباشرة الدعوى البولصية . فإن باع المدين ، مثلاً ، عقاره ، قبل أن ينشأ دين معين في ذمته ، ما كان لصاحب هذا الدين أن يطعن بالدعوى البولصية في ذاك البيع ، حتى لو حدث أن كان تسجيله لم يتم إلا في تاريخ لاحق .

خلاصة ما سبق أنه يلزم ، لكي يستطيع الدائن رفع الدعوى البولصية ، أن يكون حقه سابقاً في تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام التصرف الذي يريد الطعن فيه بتلك الدعوى . ويجب إثبات تلك الأسبقية بقع عليه ، بطبيعة

الحال ؛ لأنه هو المدعى ؛ والبيئة على من ادعى . ولكن كيف يستطيع الدائن أن يقيم الدليل على أسبقية حقه ؟

لا صعوبة في الأمر ، إذا كان حق الدائن ناشئاً من واقعة قانونية ، كالفعل الضار والفعل النافع . فالوقائع تثبت ، بالنسبة إلى حصولها وإلى تاريخ هذا الحصول ، بكافة طرق الإثبات . فاعلى الدائن هنا ، لإثبات تاريخ نشوء دينه ، إلا أن يقيم الدليل على وقت حصول الواقعة التي ولدت هذا الدين ، لإصابته بسيارة المدين ، مثلاً ؛ وذلك بأى دليل من أدلة الإثبات ، ومنها البيئة والقرائن .

ولكن الأمر يبق بعض الشيء ، بالنسبة إلى الحالة التي يكون حق الدائن فيها ناشئاً من تصرف قانوني ، عقد قرض ، مثلاً ، أو عقد بيع بالنسبة إلى الثمن أقول ، يكتب ، في إثبات تاريخ نشوء الدين هنا ، بالتاريخ المذكور في التصرف ، ولو كان غير ثابت بوجه رسمي ، أم إنه لا يعتد ، في هذا الصدد إلا بالتاريخ الثابت لهذا التصرف . نأخذ الخلاف حاداً عنفاً حول هذا الموضوع في الفقه الفرنسي . فذهب البعض إلى أنه لا يعتد إلا بالتاريخ الثابت لحق المدين . وحجهم في ذلك لا تخلو من القوة . فأثر الدعوى بالوصلة يلحق المتصرف إليه من المدين ؛ وهو ، عن يقين من الغير ، بالنسبة إلى العقد الذي ولد حق الدائن ، والورقة العرفية لا تكون حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت (المادة ٣٩٥ / ١) . ولكن البعض الآخر من الفقهاء لا يستلزم ، لإقامة الدليل على تاريخ حق الدائن ، أن يكون لسند هذا الحق تاريخ ثابت بوجه رسمي . وهذا الرأي الأخير هو الذي ساد في القضاء في فرنسا وفي مصر على السواء . والحق إن له ما يبرره . فالدعوى بالوصلة ، وإن كان من شأنها أن تلحق الضرر بالمتصرف إليه من المدين ، إلا أنها توجه أساساً إلى التصرف باعتباره صادراً من المدين ؛ وثبوت التاريخ غير لازم لاحتجاج الدائن بالورقة في مواجهة مدينه . ثم إن الفرض في دعوانا أن

المصرف إليه من المدين إما مدلىب متوطىء على الإضرار بالدائن ، وإما أنه يسعي للاحتفاظ بتبرع قد حصل له من المدين إضراراً بذاته ، وهو فى كلا الحالتين لا يستحق أن يكتنف بضمانه ثبوت التاريخ . فضلاً عما سبق ، فالرأى الذى لا يحتم ثبوت تاريخ مصدر حق الدائن له ما يبرره من الناحية العملية . حيث إن الدائن ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، « يقاجأ فى أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لاثبات تاريخ سند الدين » . ويظهر من الأعمال التحضيرية أن قانوننا الحالى يتبنى هذا الرأى الأخير (١) .

يتحصل مما سبق أنه لا يلزم أن يكون تاريخ التصرف الذى ولدحق الدائن ثابتاً بوجه رسمى ، عند تقرير أسبقته على التصرف المطعون فيه بالدعوى البولصية . ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى التصرف المطعون فيه نفسه ، فيعتد بالتاريخ المذكور فيه ، ولو كان غير ثابت بوجه رسمى ، ما لم يقيم الدائن الدليل على عدم صحة هذا التاريخ وأن التصرف فى الحقيقة أبرم فى تاريخ لا حق لنشوء دينه . وهذا هو الرأى الزاجح قهها وقضاء ، وإن لم ينعقد الإجماع عليه . ووجهه أن الدعوى البولصية ، وإن ألحقت الضرر بالمصرف إليه من المدين ، إلا أنها توجه أساساً إلى التصرف ، باعتباره صادراً من المدين ، والتاريخ الثابت لا يلزم فى العلاقة بين المدين ودائنه .

ونشير فى النهاية إلى أنه ، وإن لزم فى الدائن الذى يسوغ له رفع الدعوى البولصية ، أن يكون حقه سابقاً فى تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام التصرف المطعون فيه ، إلا أن القضاء ، وأيده فى ذلك الفقه ، قد سار على إيراد استثناء ضيق لهذه القاعدة . ومودى هذا الاستثناء أنه إذا أبرم التصرف السابق على

(١) فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « وقد كان فى الوسم أن يشترط ثبوت تاريخ الدين ، لإقامة الدليل على تقدمه على التصرف ، بيد أن المروع أثر إغفال اشتراط ثبوت التاريخ اقتداء بالمروع الفرنسى الايطالى ، ولا سيما أن القضاء المصرى قد جرى على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ٣٦٢) .

نشوء حق الدائن بقصد الإضرار بهذا الأخير، عن طريق تقويت الفرصة عليه في استيفاء حقه كاملاً أو جزئياً، كان لهذا الدائن أن يظعن في ذلك التصرف بالدعوى البولصية، رغم أنه لاحق لنشوء دينه^(١). ومثال هذه الحالة، أن يشرع شخص في اقتراض مبلغ من النقود، فيلجأ قبل عقده القرض إلى هبة ماله أو حتى بيعه، حتى يحول بين المقرض وبين استيفائه حقه منه. والحكمة من الاستثناء في حالتنا واضحة. إذ أن المدين قد تعدد الإضرار بدائنه، والنفس يفسد كل شيء.

٩٠ - خلاصة كل ماسبق أنه يلزم في الدائن، لكي يسوغ له رفع الدعوى البولصية، أن يكون حقه مستحق الأداء، وأن يكون حقه سابقاً في تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام التصرف الذي يبنى الطعن فيه بتلك الدعوى. وكل دائن يتوافر فيه هذان الأمران يجوز له رفع دعوانا، على فرضي توافر شروطها التي سنتناولها بعد قليل. فلا أهمية لمصدر حق الدائن، سواء كان عقداً أم فيلاً نافعاً أم فعلاً ضاراً أم نص القانون. ولها أهمية أيضاً لموضوع حق الدائن، فسواء أن يكون مبلغاً من النقود أم أي عمل آخر أم امتناعاً عن عمل. ولا أهمية كذلك إذا كان حق الدائن معلوم المقدار أو غير معلوم. ولا أهمية في النهاية لما إذا كان للدائن سند تنفيذي بحقه، أم لم يكن له هذا السند.

٩١ - شروط الدعوى البولصية :

بينما فيما سبق الدائن الذي يسوغ له رفع الدعوى البولصية. ولا يكفي،

(١) أنظر في ذلك استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧، ب ٤٩ ص ٢٣٥. وأنظر كذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي (الأعمال التصديرية، ج ٢ ص ٣٦٢)؛ فبعد أن جاء في هذه المذكرة أنه يلزم، لمباشرة الدعوى البولصية أن يكون حق الدائن الذي يباشرها سابقاً في نشوئه على التصرف المخطوط فيه، استطردت تقول: « ومع ذلك فيجوز أن تباشر الدعوى البولصية بمقتضى دين لاحق للتصرف، متى كان هذا التصرف قد عقد، على وجه التخصيص والإفراد، للإضرار بالدائن والمبت بحقوقه ... ».

لمباشرة تلك الدعوى ، أن توجد بصدد دائن من يجوز لهم رفعها . بل يلزم فضلاً عن ذلك ، أن تتوافر شروط مباشرتها . وهذه الشروط هي الآتية :
١ — يجب أن يصدر من المدين تصرف قانوني . فدعوانا تستهدف الطعن في تصرفات المدين التي من شأنها أن تضر بدائنيه . فهي لا ترد بالنسبة إلى الوقائع القانونية ، مهما ترتب عليها من إلحاق الضرر بالدائنين . فالدين الذي ينشأ في ذمة المدين بسبب الفعل غير المشروع أو بسبب الفعل النافع ، لا يكون محلاً للطعن فيه بالدعوى البولصية ، حتى لو كان من شأنه أن يحول بين الدائنين التقاضي وبين استيفاء كامل حقوقهم . والسبب في ذلك أن الدين هنا ينشأ عن واقعة قانونية ، وليس عن تصرف ؛ ودعوانا تتحدد في نطاقها بالتصرفات دون الوقائع . وكذلك لا يجوز للدائن أن يطعن بالدعوى البولصية في اكتساب الغير ملكية مال المدين بالتقادم ؛ لأن التقادم واقعة قانونية .

وإذا لزم ، لمباشرة الدعوى البولصية ، أن يكون ثمة تصرف قانوني صادر من المدين ، فلا أهمية لنوع هذا التصرف . ف سواء أن يكون صادراً من جانب واحد ، كالوصية والإبراء من الدين والتنازل عن الحق العيني والوقف على الخيرات وإجازة العقد القابل للإبطال ، أو أن يكون صادراً من جانبين ، وهذه هي حالة العقود . وسواء أن يكون التصرف من أعمال المعاوضات ، كالبيع والمقايضة والصلح والقسمة^(١) والإيجار ، أو كان من أعمال

(١) ويلاحظ أن القسمة التي تخضع للدعوى البولصية أحكامها المادية هي تلك التي تم رضاء ، أي القسمة الرضائية . أما القسمة القضائية ، أي تلك التي تم بحكم يصدر من القاضي ، فلا تخضع للقواعد المادية للدعوى البولصية ، وإنما أجاز القانون لدائني المتقاسمين أن يدافعوا في شأنها عن حقوقهم ، وفقاً لقواعد خاصة ، تضمنتها المادة ٨٤٢ ، التي جاءت تقول : « ١ — لدائني كل شريك أن يسارضوا في أن تم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمراد بنير تمخضهم ، وتوجه المارضة إلى كل الشركاء ، ويقرب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المفيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة . ٢ — أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة النقص » .
أنظر في هذا الموضوع كتابنا ، دروس الأموال ، نبذة ١٥٤ .

التبرعات ، كالهبة والوقف على الخيرات والإبراء من الدين . ولا أهمية في النهاية للغرض الذي يستهدفه التصرف ، فسواء أن يكون المقصود منه هو تحميل المدين بالتزام بإعطاء شيء كالبيع أو الهبة ، أو تحميله بدفع مبلغ من النقود ، كالقرض والشراء ، أو تحميله بضمان الوفاء بالالتزام كالرهن والكفالة ، أو كان الغرض من التصرف أداء الالتزام . وهذا هو الوفاء .

ويرتب على تقيد الدعوى البولصية بالتصرفات القانونية الصادرة من المدين أنه لا يجوز الطعن بهذه الدعوى في الأحكام التي تصدر على المدين ، مما ترتب عليها من ضرر لدائنيه . وهذا ما دعا قانون المرافعات إلى أن يشأ لصالح الدائنين ، طريقياً خاصاً متميزاً عن الدعوى البولصية في الكثير من أحكامه ، للطعن به في الأحكام الصادرة على مدينيهم ، متى صدرت هذه الأحكام عليهم نتيجة غشهم أو تواطؤهم مع المحكوم لهم أو إهمالهم الجسيم في الدفاع عن حقوقهم ، وبشرط ألا يكون الدائن الذي يلجأ إلى هذا الطريق موجوداً بشخصه في الدعوى . وهذا هو طريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها ^(١) .

ثالثاً - بينا فيما سبق أنه يلزم ، لمباشرة الدعوى البولصية ، أن يصدر تصرف من المدين . وأى تصرف يصدر من المدين لا يكفي لذلك ، بل يتعين أن يتسم هذا التصرف بصفات خاصة . ومن أهم هذه الصفات أن يكون مفقراً للمدين . وهكذا نصل إلى أن الشرط الثاني لمباشرة دعوانا هو أن يكون تصرف المدين مفقراً له .

وبلاحظ أن الذي يدخل في الاعتبار ، عند تكسيف ما إذا كان تصرف المدين مفقراً له أو غير مفقراً ، في منطق الدعوى البولصية ، هو ما ينتج عنه من ضرر للدائنين ، وليس ما يترتب عنه للمدين لحجب . فقد يكون من شأن التصرف الذي يجر به المدين نفع ظاهر له ، كما إذا باع ماله بشئ

(١) أنظر في ذلك المواد من ٤٥٠ إلى ٤٥٦ من قانون المرافعات .

المثل أو بما يزيد عليه ، ومع ذلك يعتبر ، في منطق دعوانا ، مفقراً ، إذا ما قبض المدين الثمن وأخفاه عن دائنيته . إذ أنه في هذه الحالة ، يرى الدائنون أن الضمان العام المقرر لهم على أموال مدينهم قد انتقص من الناحية الواقعية الفعلية . وهكذا فصل إلى أن تصرف المدين يعتبر مفقراً ، ويسوغ بالتالي الطعن فيه بالدعوى البولصة ، كلما كان من شأنه أن ينتقص عملاً من الضمان العام المقرر لدائنيته .

ووفقاً للتصور التقليدي للدعوى البولصة ، لا يعتبر تصرف المدين مفقراً أباه ، إلا إذا كان من شأنه أن يخرج من ذمته ما لا كان داخلها ، وبعبارة أخرى ، ينقص من حقوقه ، كما هي الحال بالنسبة إلى البيع والهبة والإبراء من الدين . وقد يمتشي القانون الفرنسي وقانوننا المصري القديم مع هذا التصور التقليدي . ولكن قانوننا الحالي خرج عليه . فلم يقتصر ، في تحديده نطاق الدعوى البولصة ، على التصرفات التي يترتب عليها خروج أموال المدين من ذمته ، بل أدخل فيه تلك التي من شأنها أن تحمل المدين بالالتزامات ، كعقد القرض أو كالشراء فيما يتعلق بالثمن . وهكذا اتسع نطاق دعوانا ، تحت ظل قانوننا الحالي ، فأصبح شاملاً للتصرفات التي تنقص من حقوق المدين وتلك التي تزيد في التزاماته . وفي هذا تقضى المادة ٣٣٧ بأنه : لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أبقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته

وقد كان مشرعنا موقفاً فيما استحدثته . إذ أن الغاية من الدعوى البولصة هي حماية الدائن ، عن طريق تقرير عدم نفاذ تصرف المدين الضار به في حقه . والدائن يضار ، ليس فقط بنقص أموال المدين ، بل أيضاً بزيادة التزاماته . لأن من مقتضى مبدأ المساواة بين الدائنين ، أن يراحم الدائن الجديد مع القديم ويقسم معه قسمة غر ماء أموال مدينهم المشترك ، الأمر الذي قد يترتب عليه عدم استيفاء الدائن القديم كل حقه .

ولم يقف مشرعنا عند حد إدخال تصرفات المدين التي تزيد في التزاماته في نطاق الدعوى البولية ، بل أدخل فيه كذلك تصرفات المدين التي تستهدف مجرد تمييز دائن على الآخرين عن طريق تقرير الأفضلية له عليهم في استيفاء حقه (المادة ٢٤٢ / ١) ، كما إذ عقد رهناً لصالحه . بل إن المشرع في مجديده لم يكتف بما سبق ، فأدخل في نطاق دعوانا ، الوفاء الذي يحصل منه لأحد دائنيه إضراراً بالباقيين (المادة ٢٤٢ / ٢) .

ثم وألحق إن مشرعنا قد حالفه التوفيق مرة أخرى ، عندما أدخل ، في نطاق الدعوى البولية ، التصرفات التي من شأنها تقرير الأفضلية لأحد الدائنين على الآخرين والوفاء الحاصل منه إليه إضراراً بهم . فالذي يدخل في الاعتبار ، عند تكييف ما إذا كان تصرف المدين مفقراً له أو غير مفقر ، في منطق دعوانا ، هو أثر هذا التصرف على الدائنين ، وليس أثره على المدين فحسب . وغنى عن البيان أن الرهن الذي يعقده المدين ضماناً لدين معين عليه أو وفاء بهذا الدين ، حالة كونه معسراً يلحق بإحدى دائنيه نفس الأذى الذي يترتب لهم نتيجة تصرفه في أمواله أو تحمله بالتزامات جديدة .

يتحصل من كل ما سبق أنه يلزم ، للطعن في تصرف معين بالدعوى البولية ، أن يكون هذا التصرف مفقراً للمدين ، على أن يراعى ، في تحديد آتسامه هذه الصفة ، أثره في حق الدائن ، من حيث أنه يفوت عليه فرصة استيفاء حقه كلياً أو جزئياً . وسواء بعد هذا أن يكون من شأن التصرف أن ينقص من حقوق المدين ، أو يزيد في التزاماته ، أو يتضمن تقرير أفضلية لأحد الدائنين على الآخرين في استيفاء حقه ، أم كان وفاء بحق أحد الدائنين إضراراً بالباقيين .

ونلاحظ أن المقصود بافتقار المدين ، الذي هو شرط لمباشرة الدعوى البولية ، هو الافتقار المباشر ، أي ذلك الذي يحى نتيجة خروج مال

من ذمة المدين كان قد دخل فعلاً فيها ، أو تحمل تلك الذمة بدين لم يكن يتلقاها من قبل ، وعلى ذلك فتصرفات المدين التي يكون من شأنها أن تقوت عليه فرصة في كسب مال لم يدخل من قبل في ذمته ، أو تحلله من التزام كان يتحمل كاهله بالفعل ، لا تقع تحت طائلة الدعوى البولصية ، وإن كان من شأنها أن تلحق الضرر بالدائنين . لأن هذه التصرفات لا تؤدي إلى افتقار المدين بطريق مباشر ، فهي لا تسوى مركزه ، وإن منعت من أن يتحسن . ومثال التصرفات التي نحن بصدها أن يرفض المدين هبة معروضة عليه .

ويلزم ، لعدم وقوع التصرف تحت طائلة الدعوى البولصية ، أن يكون المالك الذي رد عليه لم يدخل من قبل في ذمة المدين . أما إذا كان هذا المال قد دخل من قبل في تلك الذمة ، فالتصرف الذي يخرج منه يؤدي إلى افتقار المدين بطريق مباشر ، ويقع بالتالي في نطاق دعوانا . وعلى ذلك فإذا جاء المدين ، بعد موافقته على هبة عقدت لصالحه ، واتفق مع الواهب على إزالة أثرها ، كان هذا الاتفاق واقعاً تحت طائلة الدعوى . ويتبع نفس الحكم في حالة رفض المدين استحقاقه في تركه ؛ لأن الاستحقاق في الإرث يثبت بقوة القانون فور موت المورث ، دون حاجة لرضا الورث .

وكان من شأن قولنا أن نصرف المدين لا يقع تحت طائلة الدعوى البولصية إذا أقصر أثره على تقويت فرصة للدين في الاغتناء ، أنه لا يسوغ الطعن بتلك الدعوى في تنازل المدين عن التمسك بالتقادم الذي يجري لصالحه ، سواء أكان هذا التقادم مسقطاً للالتزام عليه أم مكسباً لماله . فإذا حاز المدين ، مثلاً ، شيئاً مملوكاً لغيره المدة القانونية اللازمة لاكتساب ملكيته بالتقادم ، فإنه لا يصير مالكاً له بقوة القانون ، وإنما يلزمه لذلك أن يتمسك بالتقادم ، فإن جاء ونزل عن حقه في التمسك بالتقادم ، فهو في الحقيقة لا يفعل أكثر من أن يفوت على نفسه فرصة أتاحتها له القانون في الاغتناء . وليس نفس الحكم ، بالنسبة للتقادم المسقط . ولكن القانون ياتي هنا مقررراً استثناء

على القاعدة العامة ، مؤداء جواز الطعن من الدائنين بالدعوى البوليصية في نزول المدين عن التمسك بالتقادم ، مسقطاً كان أم مكسباً ، إذا حصل لإضراراً بهم (المادتان ٣٨٨/٢ و ٩٧٣) . بل إن القانون يحول هؤلاء الدائنين الحق في التمسك بالتقادم الذي يسرى لصالح مدينهم ، بالدعوى غير المباشرة ، كما سبق لنا بيانه في حينه .

يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، للطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية ، أن يكون هذا التصرف مفقراً للمدين . والمقصود هنا بالتصرف المفقور ذلك الذي يكون من شأنه أن يسوي مركز الدائنين بالنسبة إلى استيفائهم حقوقهم من أموال المدين . وسان بعد ذلك أن يكون من شأن التصرف أن يؤدي إلى نقص أمواله ، أو زيادة التزاماته ، أو تمييز دائن معين على الآخرين أو الوفاء بحق دائن معين إضراراً بالباقيين .

فإذا لم يكن تصرف المدين مفقراً له بالمعنى الذي حددناه ، ما ساغ الطعن فيه بالدعوى البوليصية . ومثال التصرف غير المفقور الهبة التي تعقد لصالح المدين ، إذ هو ينال منها نفعا محضاً . ومثاله أيضاً بيع المدين ماله بضمن المثل ، إذا تيسر للدائن التنفيذ على هذا الثمن ، كما إذا كان قد أودع خزانة المحكمة أو حجز الدائن عليه تحت يد المشتري . ومثاله كذلك المقايضة التي لا تتضمن غبناً للمدين .

كما يترتب على استلزام كون تصرف المدين مفقراً بالمعنى الذي حددناه ، أن ثبت للتصرف إليه بحق من حقوق المدين وسيلة يستطيع ان يدرأ بها استعمال الدعوى البوليصية ضده ، وهذه الوسيلة هي قيامه بإيداع من المثل خزانة المحكمة . وفي ذلك تقضي المادة ٢٤١ بأنه : « إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع منه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو من المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة » .

ويلاحظ أن صياغة المادة ٢٤١ جاءت معية قاصرة . فلو استقي معناها من حرية نصها ، لوجب لإمكان المتصرف إليه ذره أثر الدعوى البولصية ضده ، أن يكون التصرف سعا وأن يكون هذا البيع قد عقد ضمن المثل ، وأن يكون هذا الثمن لازال مستحقاً في ذمة المتصرف إليه الذي يقوم بإيداعه خزانة المحكمة . والحقيقة أنه يكفي ، لكي يستطيع المتصرف إليه بحق من حقوق المدين أن يتخلص من أثر الدعوى البولصية ، أمر واحد ، هو قيامه بإيداع ثمن المثل خزانة المحكمة . وسيان بعد هذا أن يكون التصرف بيعاً أم هبة أم أى تصرف آخر غيرهما ، أو أن يكون الثمن المتفق عليه في البيع هو ثمن المثل أو أقل أو أكثر ، مادام المتصرف إليه يودع فعلاً ثمن المثل ، أو أن يكون الثمن لازال مستحقاً في ذمة المتصرف إليه الذي يقوم بإيداعه أم يكون قد دفع من قبل . ولكن المتصرف إليه يؤثر أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً آخر يوازي ثمن المثل . فالفكرة الأساسية التي من أجلها يستطيع المتصرف إليه تقاضى أثر الدعوى البولصية ضده في حالتنا ، هي جعل تصرف المدين غير مفقر له ، بالمعنى الذي حددناه لاقتضاه ، وبعبارة أخرى ، جعل هذا التصرف غير ضار بالدائنين . وهو يصل إلى هذه النتيجة ، بمجرد أن يقوم بإيداع ثمن المثل خزانة المحكمة ، دون أي اعتبار آخر ، بما قد يفهم من نص المادة ٢٤١ وجوب توافره .

٣ - والشرط الثالث لمباشرة الدعوى البولصية هو أن يكون من شأن تصرف المدين أن يؤدي إلى إعساره أو الزيادة في إعساره (المادة ٢٣٧) . وفي هذا تتشابه دعوانا مع الدعوى غير المباشرة . فلا يكفي أن يكون تصرف المدين مفقراً بالمعنى الذي حددناه ، بل يلزم أن يترتب عليه إعسار المدين إذا لم يكن معسراً من قبل ، أو تفاقم إعساره إن كان معسراً من الأصل .

والحكمة من استلزام إعسار المدين ، لمباشرة الدعوى البولصية ، لا تخفى على أحد في شأن هذه الدعوى إلحاق أذى جسم بالمتصرف إليه ، إذ أنه يرى التصرف الصادر إليه من المدين قد تجرد في الغالب من كل قيمة عملية .

ومن ثم لزم أن تقتصر تلك الدعوى على الحالة التي يتهدد الدائنين فيها خطر حال . وهذا لا يحصل إلا عندما يكون المدين معسراً بالفعل .

والمقصود بالإعسار ، في منطق الدعوى البولصية ، هو الإعسار الفعلي ، أي مجرد زيادة ديوان المدين على أمواله ، دون الإعسار القانوني ، أي ذلك الذي يشهر بحكم يصدر من القضاء . ولا يعتد هنا إلا بأموال المدين الظاهرة التي يسهل التنفيذ عليها من الدائنين ، دون تلك التي يسهل على المدين إخفاؤها أو تبديدها عند التنفيذ عليها ، كبالغ النقود الموجودة في جيب المدين أو في خزانته الخاصة . بل إن بعض الفقهاء قد عمدوا في صدد تقرير إعسار المدين اللزوم للظن في تصرفاته بالدعوى البولصية ، إلى التساهل الذي لا يتخلو من المبالغة والإفراط ^(١) .

ويلزم ، لمباشرة الدعوى البولصية ، أن يكون التصرف المطعون فيه قد أدى مباشرة وبذاته إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره . فإن أعسر تصرفاً .

(١) فقد رأى بعض الفقهاء أن تصرف المدين يعتبر مرتباً بإعساره وغشياً بذلك الظن فيه بالدعوى البولصية ، إذا كان من شأنه أن يحول بين الدائن بحق سابق عليه وبين الوصول إلى عين حقه ، حتى لو كان له أموال كافية للوفاء بجميع ديونه ، ومن بينها التمريض عن عدم تنفيذ الرامه تنقيذاً عينياً ، ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص عقاره لمشتري أول ، ثم يعود فيبيعه لمشتري ثان يسبق إلى إجراء التسجيل ، في مثل هذه الحالة ، يقول الفقهاء الذين نعرض رأيهم بإمكان المشتري الأول الظن بالدعوى البولصية في البيع الثاني لتقرير عدم نفاذه في مواجهته ، وإذا كان البائع والمشتري الثاني متواطئين على الإضرار بحقه ، حتى لو كان لهذا البائع أموال كافية للوفاء بكل ديونه ، ومنها التمريض الذي قد يستحق للمشتري الأول ، لو أنه لم يصم على نقل ملكية البيع إليه (أنظر في هذا المعنى : السهورى ، الوسيط ج ٢ بنسخة ٥٨٨ والراجع التي يشير إليها - سليمان مرقس ، بنسخة ١٦٦ - اسماعيل غانم ، هامش ص ٢١٣) . ونحن وإن كنا قد وصلنا إلى تلك النتيجة بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة ، لا نستطيع أن نقرها بالنسبة للدعوى البولصية . فنسلم أن معنى الإعسار ليس دائماً واحداً . فهو معنى مرتب بتعدد بحسب ما يقتضيه النظام الذي يقوم عليه . ولكن إن ساغ أن تساهل إلى حد كبير ، بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة ، حيث خطرهما قليل ولا يمس إلا المدين ، فلا يصح أن تصل إلى هذا الحد من التساهل ، بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، لأنها أشد عقاباً وأبعد أثراً ، وعلى الأخص لأنها تمس أحداً من الغير ، وهو المتصرف إليه .

المدين حقا ، ولكن إعساره هذا نشأ مباشرة بسبب آخر غير التصرف ،
 ماساغ الطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية . ومثال ذلك أن يبيع
 شخص منزلا أو أرضا له ، ويظل موسرا برغم ذهاب المبيع عنه ، ثم يقع
 بعد ذلك حدث يرتب إعساره ، كما لو خسر في مضاربة أو تهدم منزل آخر
 له ، أو وهب أحد أمواله ، في هذه الحالة ، لا يسوغ الطعن في البيع بالدعوى
 البولصية .

وغني عن البيان أنه يلزم أن يكون الإعسار الذي ترتب عن التصرف
 موجودا عند رفع الدعوى البولصية ، وأن يستمر قائما إلى أن يحكم نهائيا
 فيها . فإن زال إعسار المدين الذي سببه التصرف المطعون فيه قبل رفع
 الدعوى أو خلال نظرها ، كما إذا ورث المدين مالا أرجعه إلى حالة اليسر
 والاقتدار ، ما كان للمدين أن يرفعها أو يستمر فيها ، على حسب الأحوال ،
 لسقوط شرط من شروطها .

وكان من مقتضى القواعد القانونية العامة أن يقع عبء إثبات إعسار
 المدين على الدائن ، وألا يصل إلى إقامة الدليل على توافره إلا إذا أثبت
 أن على المدين ديونا تتجاوز حقيقته . ونظرا لصعوبة هذا الإثبات بشطريه
 من الناحية العملية ، ورغبة في التيسير على الدائن ، أكتفى القانون من هذا
 الأخير بإثبات إعسار المدين ، أن يقيم الدليل على مقدار ما في ذمته من ديون .
 فإذا قام هذا الدليل ، انتقل عبء الإثبات منه إلى المدين ، الذي يتحتم عليه
 أن يثبت أن له أموالا ظاهرة بما يسهل التنفيذ عليها تزيد على تلك الديون
 أو تتعادل معها ، على الأقل . فإن عجز عن إثبات هذا الأمر ، اعتبر معسرا
 في منطق الدعوى البولصية . وفي ذلك تقضي المادة ٢٣٩ بأنه : « إذا ادعى
 الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون » ،
 وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد
 عليها ، م .

٤- والشرط الرابع لمباشرة الدعوى البولصية ، أن يكون للدائن الذى يرفعها مصلحة ظاهرة فى رفعها . فإن اتفقت المصلحة ، امتنعت الدعوى ؛ إذ لا دعوى بلا مصلحة . ومثال هذه الحالة أن يكون حق الدائن مضموناً برهن يكفل الوفاء بكامل حقه ؛ أو أن يكون المال المتصرف فيه مثقلاً برهون تستغرقه استغراقاً تاماً ، بحيث لا تدع مجالاً لمباشرة الدعوى فى أن يفيد منه ، لو أنه نفذ عليه^(١) .

٥- بينا فيما سبق أنه يلزم ، لمباشرة الدعوى البولصية ، أن يصدر تصرف قانونى من المدين ، وأن يكون من شأن هذا التصرف أن يؤدى إلى افتقاره ، وأن يرب إعساره أو يزيد إعساره ، وأن يكون للدائن مصلحة فى إهدم نفاذ هذا التصرف فى حقه . وهذه الشروط كافية بالنسبة إلى التبرعات التى يجربها المدين ، كالهبة والإبراء من الدين والوقف على الخيرات . أما بالنسبة إلى المعاوضات ، كالبيع والقرض والإيجار ، فالشروط السابقة لا تكفى ، وإنما يلزم شرط خامس وأخير ، وهو أن ينطوى التصرف على غش المدين ، وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش .

فى المعاوضات ، يلزم أن ينطوى التصرف على غش المدين ، وأن يكون المتصرف إليه ، المشتري منه ، مثلاً ، على علم بهذا الغش . بل إن الغش هو الأمر الرئيسى الذى تقوم عليه الدعوى البولصية ، والتى وجبت لتجاربه وتدرأ عن الدائنين خطرهم .

ويقصد بالغش هنا الرغبة فى الإضرار بحقوق الدائنين عن طريق تفويت الفرصة عليهم فى استيفائهم حقوقهم كلها أو جزئياً .

وعبء إثبات الغش يقع على الدائن . ولكن القانون يسر عليه سبيل

(١) وإذا كان التصرف وارداً على شيء غير قابل للحجز عليه ، ساغ الطعن فيه بالدعوى البولصية ، فى حدود النلة التى يصرها .

أدائه بشكل ملموس . فإثبات الغش مباشرة أمر صعب المثال في الحقيقة . إذ هو يتضمن أمراً نفسياً ، قل أن تقف الظواهر شاهدة على وجوده . فاق القانون واكتفى من الدائن ، في سبيل إثبات غش المدين ، بأن يقيم الدليل على أن هذا الأخير كان يعلم عند تصرفه أنه معسر أو أن المتصرف يؤدي إلى إعساره ، واكتفى منه ، في سبيل إثبات علم المتصرف إليه بغش المدين ، بإقامة الدليل على علمه بإعساره . وهكذا يقيم القانون من العلم بإعسار المدين قرينة على غشه وعلى علم المتصرف له بهذا الغش . وفي ذلك تقضى المادة ٢٣٨ بأن : إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف علماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

والقرينة التي يقيمها القانون على غش المدين وعلى علم المتصرف له بهذا الغش هي قرينة بسيطة ، يجوز دحضها بإثبات العكس ، بأى دليل من أدلة الإثبات فيجوز للمدين ، مثلاً ، أن يقيم الدليل على أنه لم يقصد ، رغم علمه بإعساره ، الإضرار بحق دائنيه ، كما إذا كان قد قصد من الصفقة التي أبرمها أن يصلح بها حاله ، أو أن يتخذ إجراء معيناً مما تستلزمه إدارة أمواله ، ك شراء البذور والسماد اللازمة لزراعة الأرض ، أو عقد صفقة مما تقتضيه مباشرة التجارة التي يحترفها . وكذلك يسوغ للمتصرف إليه من المدين المعسر ، أن يثبت أنه ، رغم علمه بإعساره هذا المدين عند تعاقد معه ، إلا أنه كان حسن النية ، أى لم يكن لديه علم بأن المدين قصد بالصفقة الإضرار بدائنيه . وإذا أفلح المدين ، أو المتصرف إليه منه في دحض قرينة الغش أو العلم به ، كان التصرف بناءً عن الدعوى البولصية .

ونكرر أن غش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش لا يلزمان إلا في نطاق المعاوضات . فهما لا يلزمان بالنسبة إلى التبرعات التي يعقدها المدين . فالتبرع الذي يصدر من المدين ، الهبة أو الإبراء من الدين ، مثلا يكون محلا للظن فيه بالدعوى البولصية ، حتى لو كان كل من المدين والمتصرف إليه حسن النية ، بل حتى لو كان كل منهما جاهلا بإعسار المدين . وفي ذلك قضى المادة ٢/٢٣٨ بأنه : ٢ - إذا كان التصرف تبرعا ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا .

وعلة التفرقة بين التبرعات والمعاوضات هنا ، أنه في المعاوضات يقدم المتصرف إليه للمدين مقابلا لما يأخذ ، ومن ثم لزم ، للتضحية بمصلحته وتفضيل الدائن عليه ، أن ينطوي التصرف على الغش . أما في التبرعات ، فالمتصرف له لا يقدم مقابلا لما يأخذ ، بل إن التصرف يعود عليه بنفع محض . ومن ثم وجب تفضيل الدائن عليه ، حتى لو كان هو والمدين حسن النية . إذ الدائن هنا ، يسعى بالدعوى البولصية إلى درء خطر يهدده ، في حين أن المتبرع له يعمل على الاحتفاظ بنفع محض ناله ، ودرء أخطار مقدم على جلب المنافع .

٩٢ - تطبيقات خاصة للدعوى البولصية

بيننا فيما سبق الشروط اللازمة لمباشرة الدعوى البولصية . وقد ذكر القانون بعض تطبيقات خاصة لهذه الدعوى . وتولى عرض هذه التطبيقات فيما يلي :

٩٣ - التصرفات المتوالة في مال المدين

قد رأينا أن من شروط الدعوى البولصية أن يكون تصرف المدين

منظوراً على الغش ، بمعنى أن يقصد به المدين الإضرار بدائنيه ، وإن يكون المتصرف له منه على علم بذلك ، وذلك في المعاوضات دون التبرعات . وقد لا يقف الأمر عند تصرف المدين في ماله ، بل يأتي المتصرف إليه منه ، أي خلفه المباشر ، فتصرف في المال بدوره إلى خلف ثانٍ ، كما إذا باع المدين أرضه أو وهبها لزيد ، ثم جاء زيد وباع تلك الأرض لبكر . فإلى أي حد يتأثر حق الدائن في الطعن بالدعوى الواصلة في تصرف مدينه بالتصرف الذي يجريه خلف هذا المدين ؟

مؤدى القواعد العامة أن مركز الدائن لا يتغير نتيجة التصرف الذي يجريه خلف المدين ، أى البيع الحاصل من زيد لبكر في المثال السابق ، فإن كان تصرف المدين نافذاً في حق الدائن ، ما كان لهذا الأخير أن يعترض على ما يجريه خلف المدين من تصرفات . وإن كان تصرف المدين غير نافذ في حق الدائن ، اعتبر أنه لم يقع أصلاً بالنسبة إليه ، وكان المال باقياً في ذمة مدينه لم يذهب عنها ، فإذا جاء المتصرف له من المدين (زيد في مثالنا) وباع الشيء لآخر (بكر في مثالنا) ، اعتبر بالنسبة إلى الدائن أنه باع ما لا يملك ، وبالتالي فهو لا ينقل للبشرى منه حقاً ، إذ أن فاقده الشيء لا يعطيه . هذا هو مؤدى القواعد العامة . ولكن المشرع قد خالف تلك القواعد بعض الشيء . إذ أنه راعى وجود العنصر الجديد ، وهو المتصرف إليه الثاني (بكر في مثالنا) ، وحسب مصلحته ، عندما يكون جديراً بالرعاية

وقد قدر المشرع بحق أن المتصرف إليه من خلف المدين ، أى خلف من الخلف أو الخلف الثاني (بكر في مثالنا) ، لا يكون جديراً بالرعاية إلا إذا كان التصرف الذي عقد لصالحه من أعمال المعاوضات . لأنه هنا يكون قد قدم مقابل ما أخذ في قلبه يحرم مما أخذ ، يلزم أن يكون تبار الغش قد لحقه . أما إذا كان خلف المدين متبرعاً له ، ما كان جديراً بأية رعاية خاصة ؛ حيث

أنه لم يدفع مقابلاً لما يريد الاحتفاظ به ؛ ويكون للدائن ، عند مباشرته الدعوى البولصية ، ألا يعتد بالتبرع الحاصل له ، تطبيقاً للقواعد العامة .

من أجل ذلك اكتفى المشرع ببيان حكم الدعوى البولصية في الحالة التي يتصرف فيها خلف المدين بطريق المعاوضة ، تاركاً للقواعد العامة حكم تلك الدعوى في الحالة التي يتصرف فيها خلف المدين بطريق التبرع . ونحن نتناول حكم دعوانا في كل من الحالتين ، بادئين بالحالة الأخيرة .

الحالة الأولى - تصرف خلف المدين بطريق التبرع : الفرض في هذه الحالة أن المدين قد تصرف في ماله لشخص معين ، ثم جاء هذا الشخص وتصرف بدوره لآخر تبرعاً . مثال ذلك أن يهب المدين أو يبيع ماله لزيد ، ثم يهب زيد فيه المال لبكر . هنا الخلف الثاني (بكر) متبرع له . فهو ليس جديراً بأية رعاية خاصة . ويكون للدائن أن يباشر الدعوى البولصة ، دون اعتداد بوجوده . ولكن مباشرتها تتأثر ، وفقاً للقواعد العامة ، بما إذا كان الخلف الأول (زيد) قد تلقى المال تبرعاً أو معاوضة . وعلى ذلك فالحالتان تنفرع إلى الفرضين القانونيين الآتيين :

الفرض ١ - تصرف كل من المدين وخلفه بطريق التبرع : كما إذا وهب المدين أرضه لزيد ، ثم وهب زيد بدوره الأرض لبكر . لاصعوبة في هذا الفرض . فقبل الهبة الحاصلة للخلف الثاني (بكر) ، كان للدائن أن يباشر الدعوى البولصية ، دون أن يلزم بإثبات العش لاعلى المدين ولا على خلفه المباشر (زيد) ؛ ولا يتغير الوضع بعد الهبة الحاصلة من الخلف الأول (زيد) للخلف الثاني (بكر) . وهكذا تباشر الدعوى في هذا الفرض ، دون ما ضرورة لإثبات العش على أحد .

الفرض ٢ - المدين يتصرف بطريق المعاوضة وخلفه يتصرف بطريق التبرع : مثال هذا الفرض أن يبيع المدين الأرض لزيد ، ثم يهب زيد فيه الأرض

لبكر . وفي هذا الفرض ، لا يتأثر الدائن بالهبة الحاصلة للخلف الثاني (بكر) :
ويبقى الحال كما كان قبل إبرامها ، وهو أنه يلزم ، لنجاح الدعوى البوصية ،
أن يكون المدين غاشياً ، وأن يكون خلفه المباشر (زيد) على علم بغشه .

الحالة الثانية - تصرف خلف المدين معاوضة : الفرض في هذه الحالة ،
أن المدين تصرف في ماله لشخص معين ، ثم جاء هذا وتصرف بدوره
في المال لآخر على سبيل المعاوضة . مثال ذلك أن يبيع المدين أو يهب أرضه
لزيد ، ثم يبيع زيد ويبيع الأرض لبكر . هنا تتأثر الدعوى البوصية بوجود
الخلف الثاني (بكر) ؛ لأنه يدفع مقابلاً لما يأخذ . ويلزم لنجاحها أن يكون
سوء النية ، إلى جانب ما قد تستلزمه القواعد العامة لهذه الدعوى من سوء
نية المدين والمتصرف إليه منه ، أي خلفه المباشر (زيد) . وهذه الحالة
تفرع كسابقتها إلى فرضين ثانوين ؛ هما الآتيان :

١ - كل من المدين وخلفه يتصرف في المال معاوضة : مثال هذا الفرض ①
أن يبيع المدين الأرض لزيد ، ثم يبيع زيد فيبيع الأرض بدوره لبكر .
وفي هذا الفرض يحتم القانون أن يكون الخلف الثاني (بكر) سوء النية ،
فضلاً عما تتطلبه القواعد العامة للدعوى البوصية من سوء النية عند كل
من المدين والخلف الأول (زيد) ، حيث أن التصرف المعقود بينهما
معاوضة . وهكذا يلزم ، لنجاح الدعوى البوصية في هذا الفرض ،
أن يثبت غش المدين ، وأن يكون الخلف الأول (زيد) على علم بهذا الغش ،
وأن يكون الخلف الثاني (بكر) على علم بغش المدين وبعلم الخلف الأول
(زيد) بهذا الغش .

٢ - المدين يتصرف بطريق التبرع وخلفه يتصرف معاوضة : مثال ②
هذا الفرض ، أن يهب المدين أرضه لزيد ، ثم يبيع زيد فيبيع الأرض لبكر .
في هذا الفرض ، كسابقه ، يحتم القانون حماية مصلحة الخلف الثاني (بكر) .
لأنه يدفع مقابلاً لما يأخذ . ومن ثم يلزم ، لنجاح الدعوى البوصية ، أن يكون

سبيء النية . وسوء النية هنا لا يتطلب إلا في الخلف الثاني ، لأن التصرف
الحاصل من المدين للخلف الأول تبرع . وهكذا فيكفي ، لنجاح دعوانا
في فرضنا هذا ، أن يكون الخلف الثاني (يكر) سبيء النية . وقد اعتبره القانون
كذلك إذا كان يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول .

هذه هي أحكام الدعوى البوصية في الحالة التي يتصرف فيها خلف
المدين بطريق المعاوضة^(١) ، بفرضها الثانويين . وقد سبق لنا القول بأن
القانون لم يتعرض إلا لبيان حكمها ، تاركاً حكم الحالة التي عرضناها فيها سبق
للقواعد العامة . وقد جاءت المادة ٢/٣٣٨ في هذا الصدد تقضي بأنه : ٢٠- وإذا
كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى
خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم فقاذا التصرف إلا إذا كان
الخلف الثاني يعلم غش المدين ، وعلم الخلف الأول بهذا الغش ، إن كان المدين
قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه
للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً .

٩٣ - التصرفات التي تؤدي إلى تقرير أفضلية أحد الدائنين

قد يقتصر أثر التصرف الذي يجزبه المدين على تقرير الأفضلية والتقدم
لأحد الدائنين على الآخرين ، كما إذا رهن المدين ماله رهناً رسمياً أو حيازياً .
وقد ثار الجدل في فرنسا وفي مصر ، تحت ظل قانوننا القديم ، حول
ما إذا كان يجوز الطعن في هذا التصرف بالدعوى البوصية ، أو أن ذلك
لا يسوغ . وقد كان السبب في هذا الجدل أن المدين هنا لا يفقد ماله بل يبقى

(١) ويستثنى من هذا الحكم الحالة التي يتصرف فيها خلف المدين في عقار بعد رفع الدعوى
البوصية وتسجيل عريضة . فوفقاً للمادة ١٧ من قانون الإمبر القاري ، يسرى الحكم
المصدر في الدعوى التي سجلت عريضة على من كسب على العقار حقاً بعد تسجيل الرخصة ،
حتى لو كان حسن النية في حقه الواقع .

محتفظاً به . وقد تعمد المشرع في قانوننا الجديد أن يخصص التصرف الذي نحن
بصدده بالذكر ، مصرحاً بجواز الطعن فيه بدعوانا ، إذا توافرت شروطها .
وفي ذلك نقض المادة ١/٢٤٢ بأنه : ١ - إذا لم يقصد الغش إلا تفصيل
دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلزام الدائن من هذه المرة .

وقد أحسن المشرع بذلك صنفاً ، إذ أن الرهن الذي يعقده المدين لصالح
أحد دائئيه ، وإن لم يخرج المال المرهون من ذمته ، إلا أنه يلحق باقي
الدائنين بأذى جسيم ، إذ هو يخرج ذاك المال من الضمان العام المقرر لهم في
حدود الدين المضمون بالرهن .

وَيختلف حكم الطعن بالدعوى البولصية في التصرف الذي يترتب لأحد
الدائنين الأفضلية على الآخرين ، باختلاف ما إذا كان هذا التصرف قد عقد
بمقابل أم بطريق التبرع . فإذا كان المدين ، عند رهنه ماله ، قد أخذ مقابل
للرهن ، كما إذا منحه الدائن أجلاً جديداً أو حط عنه بعض الدين ، لزم توافره
غش المدين وعل المرتين بهذا الغش ، أي لزم أن يكون المدين عند الرهن
عالمًا باعتباره وأن يكون المرتين بدوره على علم بهذا الإعسار . أما إذا عقد
المدين الرهن بطريق التبرع ، أي دون أن يفقد منه شيء ، ساغ الطعن فيه ،
حتى لو كان كل من الراهن والمرتهن حسن النية .

ويترتب على مجاز الطعن بالدعوى البولصية في الرهن الذي يعقده المدين
لصالح أحد دائئيه ، ألا يسرى هذا الرهن في حق الدائنين الآخرين ، في الحدود
التي يضرهم فيها سريانه عليهم ^(١) .

(١) ويلاحظ أن دائي الفسخ العاديين لا يشارون من ذات الرهن الذي يعقده المدين ،
إلا طالما بقي المال المرهون في ذمته . لأنه إذا خرج هذا المال من ذمة المدين ، كما إذا باعه ،
مثلاً ، فإن دائي المدين العاديين لا يستطيعون التنفيذ عليه أصلاً . ولذلك لا يجوز للدائنين أن —

٩٤ - الوفاء المحاصل من المدين الواعد دائنيه

إذا وفي المدين أحد دائنيه ، كان وفاؤه هذا محلاً للطعن فيه بالدعوى البولصية ، على فرض توافر شروطها بطبيعة الحال .

تختلف حكم الطعن في الوفاء المحاصل من المدين ، باختلاف ما إذا كان قد حصل قبل حلول أجل الدين أم بعد ذلك ، فإذا وفي المدين دينه قبل حلول أجله الأصلي ، أى الأجل الذى حدد من الأصل لأدائه ، أخذ وفاؤه حكم التبرع ، وأمکن الطعن فيه بالدعوى البولصية ، دون حاجة إلى إثبات الغش ، لأن المدين ولا من الموفى له . والعلة في ذلك أن وفاء الدين قبل حلول أجله يتضمن في الثالب رغبة المدين في تمييز الدائن الموفى له على الآخرين ؛ فضلاً عن أن المدين يعتبر هنا متبرعاً بالأجل الذى نزل عنه وسدد الدين قبل انقضاءه . أما إذا حصل الوفاء بالدين بعد حلول أجله ، أخذ حكم المعاوضة ، وما ساغ الطعن فيه بالدعوى البولصية ، إلا إذا جاء نتيجة غش المدين والدائن الموفى له . وفى ذلك قضى المادة ٢/٢٤٢ بأنه « ٢ - وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه ، »

== يطعنوا بالدعوى البولصية في الرهن الصادر من المدين ، إلا طالبا بقى الرهون في ذمته ، أو استطاعوا أن يقرروا عدم فاذا إخراجهم من ذمته في مواجهتهم . أما إذا رهن المدين ماله ، ثم تصرف فيه تصرفاً سارياً في مواجهة دائنيه ، ما كان هؤلاء أن يطعنوا في الرهن ، لانعدام الصلحية . وهذا ما يفسر قول المادة ١٧/٢٤٢ بأنه « إذا لم يقصد بالنش إلا تفضيل دائن على آخر ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه اللزاة » . والفرع يريد بذلك أن النش لا يحرم المرتهن من حق تتبع المال المرهون في يد المتصرف له به وتقديمه في استيفاء دينه على دائني هذا الأخير .

٩٥ - تقادم الدعوى البوليصية

الدعوى البوليصية سيف يتهدد تصرفات المدين ، إن لم يكن بإزالتها كلية ،
فبتجريدتها من قيمتها العملية . من أجل ذلك ، كان من الخير ألا يترك أمر
سقوطها بالتقادم لحكم القواعد العامة ، حتى لا تطول ، بغير مبرر ، الفترة
التي يستمر خلالها بمصير تصرفات المدين مضطرب غير مستقر . ونمشياً
مع تلك الفكرة ، جاءت المادة ٢٤٣ تقرر لدعوانا مدة خاصة للتقادم ؛
وهي في ذلك تقضى بأنه : تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء
ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف .
وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر
فيه التصرف المطعون فيه .

ومن هذا النص بين أن الدعوى البوليصية تسقط بمضي ثلاث سنوات
من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في مواجهته . فمدة
الثلاث سنوات لا تسرى من تاريخ إبرام التصرف ، ولكن من تاريخ علم
الدائن بكل الشروط التي تجعله غير سار في حقه ، أى من تاريخ علمه بأن
التصرف قد رتب إعسار المدين وأنه ينطوى على الغش إن كان معاوضة .
وكما هو واضح ، تسرى فترة الثلاث سنوات ، بالنسبة إلى كل دائن على حدة
لأن تاريخ علم كل منهم بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه قد يختلف . وهكذا
قد تسقط الدعوى البوليصية بالنسبة لبعض الدائنين ، مع بقاءها قائمة بالنسبة
لبعضهم الآخر .

وفي جميع الأحوال ، تسقط الدعوى البوليصية ، بالنسبة إلى جميع
الدائنين ، بانقضاء ١٥ سنة من تاريخ صدور التصرف المطعون فيه ، إن لم
تكن قد سقطت من قبل بالتقادم الثلاثي .

وهكذا تسقط الدعوى البوليصية بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ علم

الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه، أو بانقضاء خمسة عشر عاماً من تاريخ إبرام التصرف، أي المدين أقصر.

٩٦ - (ج) آثار الدعوى البوليصة :

إذا توافرت في الدعوى البوليصة شروطها، ورفعها دائن من يجوز لهم مباشرتها ولم يلجأ المتصرف إليه إلى توقيها بإداع ثمن المثل خزانة المحكمة، تعين إنتاج أثرها. ويتركز هذا الأثر في عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم.

فلا يترتب على الدعوى البوليصة إبطال التصرف، بل مجرد عدم نفاذه في حق الدائنين الذين صدر إضراراً بهم، بمعنى أن التصرف يبقى موجوداً وصحيحاً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه، ولكنه يعتبر غير موجود بالنسبة إلى الدائنين الذين صدر إضراراً بهم.

ولزيادة الإيضاح، نتناول أثر الدعوى بالنسبة إلى الدائنين ثم أثرها في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه.

٩٧ - أثر الدعوى البوليصة بالنسبة إلى الدائنين :

يترتب على نجاح الدعوى البوليصة اعتبار التصرف المطعون فيه غير نافذ في حق الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم. ومؤدى ذلك أن التصرف يعتبر بالنسبة إلى هؤلاء كأن لم يكن أصلاً، فلا يضارون منه ولا يفسدون.

وتمشياً مع هذه الفكرة، إن كان التصرف بيعاً مثلاً، اعتبر المبيع، بالنسبة إلى الدائنين، أنه لا يزال موجوداً في ذمة المدين لم يذهب عنها^(١).

(١) ويسرى نفس الحكم، حتى لو كانت المبيع عقاراً وتسجل البيع. إذ أن التسجيل ليس الذي ينقل الملكية بذاته وبعبارة؛ ولكن الذي ينقل الملكية هو القيد السجل. فإن =

وبذلك يستطيعون التنفيذ عليه ، ليستوفوا ديونهم من ثمنه . وحينئذ لا يراحمهم دائنو المشتري . إذ ليس هؤلاء أن ينفذوا إلا على أموال مدينهم (المشتري) . ويعتبر المبيع ، بالنسبة إلى دائي البائع أنه لا زال في ذمة هذا الأخير ، لم ينتقل منها .

وإن حق لدائي البائع أن يدروا عن أنفسهم الضرر الذي قد ينجم لهم بسبب التصرف الذي تقرر عدم تفاذه في مواجهتهم ، امتنع عليهم أن يفيدوا منه . فلا يحق لهم ، مثلاً ، أن يحجزوا تحت يد المشتري على الثمن المستحق عليه لمدينهم البائع . بحمل ما سبق ، أن البيع ، في مثالنا يعتبر غير موجود ، بالنسبة إلى دائي البائع ، فهم لا يضارون منه ولا يفيدون .

وإن كان التصرف الذي حكم بعدم تفاذه في مواجهة الدائنين قرضاً ، فإن المقرض لا يعتبر ، بالنسبة هؤلاء ، دائناً للمدين بمبلغ القرض ، ولا يسوغ له بالتالي أن يراحمهم به في التنفيذ على أمواله .

وإذا كان التصرف رهناً ، امتنع على المرتهن أن يحتج بحق التقديم والأفضلية في مواجهة الدائنين الذين حصل الرهن إضراراً بهم .

وإن كان التصرف وفاءً ، اعتبر الموفى له ، بالنسبة إلى الدائنين ، أنه لم يستوف ديناً له ، وإنما قبض شيئاً غير مستحق له ، ومن ثم يسوغ هؤلاء الدائنين أن يطالبوه برد ما أخذ ، وأن ينفذوا عليه استيفاء له .

٩٨ - الدائنون الذين يفيدون من الدعوى البولصية :

رأينا أنه يترتب على نجاح الدعوى البولصية اعتبار التصرف المطعون فيه غير نافذ في حق الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم . ولكن من هم الدائنون الذين يفيدون من نجاح الدعوى البولصية ؟

== تسجيل من غير نافذ في مواجهة الدائنين نتيجة الطعن فيه بالدعوى البولصية ، وقع هذا التسجيل غير مؤثر .

لا تقتصر فائدة الدعوى البولصية على الدائن الذى رفعها ، ولا على ذاك الذى اشترك فيها . بل هى تشمل أيضاً جميع الدائنين الذين كان لهم حق رفعها ولم يرفعوها . وفى ذلك تقضى المادة ٢٤٠ بأنه : « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر التصرف بإصرار منهم » . وهكذا ينقسم الدائنون ، بالنسبة إلى ثمرة الدعوى البولصية ، إلى نوعين : (الأول) دائنون يفيدون من نجاح الدعوى البولصية ، بمعنى أن التصرف المطعون فيه لا يعتبر نافذاً فى مواجهتهم ؛ وهؤلاء هم الدائنون الذين كان لهم حق رفع تلك الدعوى ، دون تمييز بين من رفع منهم تلك الدعوى أو اشترك فيها ، وبين من ظل بعيداً عنها ويريد الإفادة منها بعد أن أينست ثمرتها . (الثانى) دائنون لا يفيدون من ثمرة الدعوى البولصية ، بمعنى أنهم لا يستطيعون الادعاء بأن التصرف المطعون فيه لا يسرى فى حقهم ؛ وهؤلاء هم الدائنون الذين لم يكن يسوغ لهم رفع تلك الدعوى ، كإلو كانت حقوقهم نشأت فى تاريخ لاحق لإبرام التصرف المطعون فيه ، أو كانت الدعوى البولصية قد سقطت بالتقادم بالنسبة إليهم .

خلاصة ماسبق أن ثمرة الدعوى البولصية لا تقتصر على مباشرها ، ولا تتم على جميع الدائنين ، بل هى تشمل ، إلى جانب من مباشرها ، كل من كان يسوغ له رفعها أو الاشتراك فيها^(١) . وفى هذا تختلف الدعوى البولصية عن الدعوى

(١) والحق إن تحويل دائنى المدين الذين كان يسوغ لهم رفع الدعوى البولصية ولم يرفعوها الاشتراك مع من رفعها وكسبها ، فى الإفادة من ثمرتها ؛ الحق إن ذلك يتناق مع القواعد العامة التى تقضى بنسبية الأحكام ، أى باقتصار أثر الأحكام على أطراف الدعوى ومن يمثلونهم . فالدائن فى الدعوى البولصية يعمل باسمه ، فهو لا يتوب عن المدين ، ولا عن باقى الدائنين . فكان الواجب ، والحال هذه ، أن يقتصر أثر الحكم الصادر فيها على مباشرها . وهذا هو الرأى الذى ساد تحت ظل القانون الفرنسى ، وتحت ظل قانوننا القديم ؛ بل إن هذا الرأى يتبصر من التقاليد اللاتينية لهذه الدعوى . ولكن للمصرع ، فى قانوننا الجديد ، أثر أن يشمل الخبير جميع الدائنين الذين كان يسوغ لهم رفع دعوانا ، على اعتبار أنها تستهدف ، كالدعوى غير المباشرة تماماً ، حماية الضمان العام للقرر لجميع الدائنين ؛ فإن حققت غايتها ، لزم أن تتم فائدتها . وهذا القول غير متنع ؛ إذ أن أعماله يؤتى إلى وجوب أن يفيد من ثمرة دعوانا كل دائنى المدين ؛ فى حين أن تلك الثمرة لا تمال إلا من كان يسوغ لهم من هؤلاء رفع الدعوى ، دون الباقيين .

غير المباشرة ، التي تعود فائدتها على كل الدائنين ، بشرط أن ينفذوا على الحق الذي بوشرت بصده ، في الوقت المناسب .

٩٩ - نجاح الدعوى البولصية لا يقتضي عدم ابراء التنفيذ

رأينا أن أثر الدعوى البولصية يتركز في عدم نفاذ التصرف المطعون فيه ، بالنسبة إلى من باشرها ، وإلى غيره من الدائنين الذين كان يسوغ لهم أن يباشروها . وهي لا تذهب إلى أبعد من ذلك . فهي لا تعتبر من إجراءات التنفيذ ولا تغني عنها . فإذا كان التصرف المطعون فيه بيعاً ، مثلاً ، ونجحت الدعوى البولصية بشأنه ، وجب لكي تتحقق الفائدة ، أن يجري الدائنون ، الذين يفيدون من الدعوى ، التنفيذ على الشيء الذي ورد البيع عليه . فإن نفذ عليه بعض هؤلاء الدائنين ، دون الآخرين ، اقتضت الفائدة على من نفذ دون من لم ينفذ . وفي كل هذا يتساوى الدائن الذي باشر الدعوى مع غيره ممن يفيدون منها .

١٠٠ - أثر الدعوى البولصية في المرافقة بين المدين والمصرف إليه

الدعوى البولصية لا تؤثر ، بطريق مباشر ، في العلاقة بين المدين ومن تصرف له . فهي لا تؤدي إلى بطلان التصرف ، بل إلى مجرد عدم نفاذه في حق الدائنين . فهي ليست دعوى بطلان .

وعلى هذا فالأصل أن يبقى التصرف سليماً نافذاً بين المدين ومن تصرف له . فإن كان التصرف بيعاً ، مثلاً ، اعتبر المشتري مالكا للبيع في مواجهة المدين ، وإن كان لا يعتبر كذلك في مواجهة الدائنين المستفيدين من الدعوى البولصية . ويترتب على ذلك أنه إذا بقى من ثمن البيع فائض ، بعد استيفاء دائي البائع حقوقهم ، كان هذا الفائض من نصيب المشتري ، دون البائع . وإن كان التصرف قرضاً ، اقتضى به المدين مبلغاً من النقود ، ونجحت الدعوى

(١٢ - أحكام الالتزام)

البولصية بصدده ، اعتبر المقرض ، في العلاقة بينه وبين المقرض ، دائناً ، وإن لم يعتبر كذلك ، بالنسبة إلى المستفيدين من الدعوى البولصية .

يبد أنه يلاحظ أن لدعوى البولصية ، وإن كانت لا تؤثر بطريق مباشر ، في العلاقة بين المدين ومن تصرف له ، إلا أنها قد تؤثر في تلك العلاقة بطريق غير مباشر . فإن كان البيع الصادر من المدين ، مثلاً ، والذي نجحت الدعوى البولصية بصدده ، يبق صحيحاً وناظراً في العلاقة بين المدين والمشتري منه ، إلا أنه إذا حرم هذا الأخير من المبيع ، نتيجة للتنفيذ عليه من دائي البائع المستفيدين من الدعوى ، كان له أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق أو بفسخ البيع ، أي الطريقتين يراه أوفق لمصلحته .

٣ - دعوى الصورية

١٠١ - رأينا أن القانون يمنح الدائن وسيلة الدعوى غير المباشرة ، لكي يدربها عن نفسه الضرر الذي من شأن قعود المدين وتكاسله في مباشرة حقه أن يسببه له ، وأنه يمنحه أيضاً الدعوى البولصية ، لكي يدربها عن نفسه الضرر الذي تسببه له التصرفات التي يجريها المدين .

وهناك خطر ثالث يتهدد الدائنين ، وكان لابد للمشرع أن يواجهه . هو بقرره الوسيلة المناسبة لدرئه ، وهذا هو خطر ظهور المدين بمظهر الشخص الذي يجري تصرفاً ما ، في حين أنه لا يجريه في حقيقة الواقع . فالمدن هنا يتخذ دائناً أمام الناس موقفاً قانونياً كاذباً ، يخفي به موقفاً آخر حقيقة الأمر في نفسه ؛ وبعبارة أخرى ، هو يصور للناس أمراً ، ليستر به أمراً آخر . ومثال ذلك أن يظهر المدين بمظهر من يبيع ماله لآخر ، في حين أنه في الحقيقة لا يبيعه ، فيهرم عقداً ظاهراً يصوره بائعاً ، ثم يستكتب المشتري ورقة يقر فيها بأن البيع السابق لوجوده في الحقيقة . في مثل هذه الحالة ، بهم الدائن أن يظهر الحقيقة ، وهي أنه لا يوجد ثمة بيع ، وأن يتمسك بسرياتها في حقه ، دون

العقد الكاذب . والقانون يمكنه من ذلك ، بدعوى تسمى « دعوى الصورية » .
وسميت هذه الدعوى كذلك لأنها تستهدف إثبات أن التصرف الذي أظهر
للناس ، لا يعدو أن يكون تصرفاً صورياً لا يتفق مع الحقيقة .

ودعوى الصورية ، وإن كانت وسيلة يوصل بها الدائن إلى المحافظة
على حقوقه ، عن طريق إظهار كذب التصرف الذي يضر به ، إلا أن للصورية
في ذاتها أحكاماً أعم وأشمل . ولذلك يلزمنا هنا أن نبداً بتناول الصورية
في نطاقها العام ، مبيّنين المقصود منها وأنواعها وشروطها وآثارها وإثباتها ،
ثم نبين بعد ذلك كيف تتخذ الصورية وسيلة للمحافظة على حقوق الدائنين .

١٠٢ - المقصود بالصورية

يقصد بالصورية simulation إخفاء حقيقة قانونية معينة بتصرف كاذب
يظهر أمام الناس ؛ أو هي تصوير أمر قانوني معين على غير حقيقته .

وهكذا يوجد في الصورية أمر قانوني حقيقي ، وهو الذي يتبنى بالصورية
إخفاؤه وستره ؛ وإذا كان هذا الأمر تصرفاً قانونياً ، أطلق عليه التصرف
الحقيقي أو المستور . وبوجد فيها أمر كاذب وهو الذي يظهر للناس ، ليسر
الحقيقة ؛ وهذا هو التصرف الظاهر أو الساتر أو الصوري أو هو ورقة الضد
Contre-lettre ، كما يغلب أن يطلق عليه ، لاسيما في أحكام المحاكم .

١٠٣ - أنواع الصورية

تتنوع الصورية ، بالنسبة إلى مداها ، نوعين أساسيين ؛ فهي إما صورية
مطلقة ، وإما صورية نسبية .

ويقصد بالصورية المطلقة تلك التي تصور وجود تصرف قانوني معين ،
في حين أنه لا يوجد في الحقيقة أي تصرف . فالصورية هنا تتناول التصرف

في ذات وجوده ؛ فتوهم بأنه موجود ، في حين أنه ليس كذلك ! ومثال هذا النوع من الصورية ، أن يريد شخص ترشيح نفسه لمنصب العمدة ، فيعوزه النصاب المقرر ، فيلجأ إلى أحد ممن يلوذ بهم ويتفق معه على أن يبرم له عقداً صورياً يظهر فيه أن يبيعه المال اللازم ، ثم يعطيه ورقة ضد يصرح فيها بالصورية^(١) . ومثال الصورية المطلقة أيضاً أن يريد المدين إبعاد مال من أمواله عن متناول دائنيه حتى يتقى تنفيذهم عليه ، فيلجأ إلى شخص ممن يتقى بهم ، ويبيع له هذا المال بيعاً صورياً ، ثم يأخذ منه على سبيل الاحتياط ورقة ضد .

أما الصورية النسبية ، فهي تلك التي لا تتناول وجود التصرف ذاته ، لكن تتناول طبيعته أو موضوعه أو أطرافه . فهنا يوجد في الحقيقة تصرف ثانوي معين ؛ كل ما في الأمر أن الصورية تستخدم لإخفاء طبيعته أو موضوعه أو أطرافه .

ويطلق عادة على الصورية التي تخفي طبيعة العقد «الصورية بطريق التستر» . والمثال الغالب لهذا النوع من الصورية ، هو إخفاء الهبة في صورة عقد من عقود المعاوضات ، لاسيما عقد البيع ؛ كما إذا أراد الأب أن يهب ابنه ماله ، فيحرر له عقد بيع ينص فيه على أنه استوفى منه الثمن كاملاً ؛ فالتصرف الظاهر هنا هو عقد البيع ؛ ولا يوجد ثمة بيع في الحقيقة ؛ ولكن البيع هو عقد صوري يستر تصرفاً حقيقياً ، وهو عقد الهبة . والعجيب في الأمر أن المشرع هنا لم يكتف بعدم تحريم الصورية ، بل باركها واعترف لها بأثر هام مؤدها أنها تقضي عن الشكل الذي يلزم لانقضاء الهبة . فالأصل أن الهبة

(١) يلاحظ أنه ، لكي تحقق الصورية في هذا المثال الهدف المقصود منها ، لابد أن تتم قبل أن تشتر وظيفة العمدة التي يراد الترشيح لها . لأنه وفقاً لقانون السند ، يلزم أن يكون المرشح مستوفياً النصاب القانوني ، قبل شغل الوظيفة التي يريد الترشيح لها . ما لم يكن المال قد آل للمرشح نتيجة لليراث أو الوصية .

لا تقوم إلا إذا أبرمت في الشكل الرسمي ، أو كان الموهوب منقولاً وتم قبضه .
ولكن القانون يستغنى عن هذا الشكل ، ويقر انعقاد الهبة صحيحة بدونه ،
إذا ما تمت تحت ستر عقد آخر (المادة ٤٨٨ / ١) . وهذا ما يفسر شيوع
ستر الهبة في صورة البيع^(١) ، حتى أنه يندر في العمل أن تعقد الهبة
ظاهرة سافرة^(٢) .

أما الصورية التي تخفى موضوع التصرف ، فيطلق عليها « الصورية بطريق
المضادة » . ومثالها الغالب أن يحرر عقد بيع ويذكر فيه ثمن صوري يخالف
الثمن الحقيقي ، إما زيادة^(٣) وإما نقصاً^(٤) .
ويطلق في النهاية على الصورية التي تخفى أحد طرفي التصرف « الصورية بد
بطريق التسخير أو الصورية عن طريق الإسم المستعار » . ومثالها أن يريد
قاض أو أحد رجال النيابة العامة أن يشتري حقاً متنازلاً فيه ، مما يدخل
في اختصاص المحكمة التي يباشر عمله فيها ، فيلجأ ، لتفادي الحظر الذي
يفرضه القانون عليه في هذه الحالة (المادة ٤٧١) ، إلى شخص آخر ويتفق
معه على أن يظهر مشترىً للحق المتنازع فيه ، وهو في الحقيقة يشتريه لحسابه
هو ؛ فالقاضي هنا هو المشتري الحقيقي للحق ، وإن اشتراه باسم مستعار
أو عن طريق التسخير . والشراء يقع هنا باطلاً ، حتى لو ألبس هذا النوب
الزائف .

١٠٤ - شروط قيام الصورية

تستهدف الصورية غاية معينة ، هي التجاء شخصين ، متواطئين متواطئين
إلى إخفاء أمر معين ، بإظهاره في صورة تصرف كاذب . وهي لا تتجاوز

(١) أنظر في ستر الهبة في صورة البيع وما يترتب لذلك ، مؤلفنا محاضرات في القود ج ٢

عقد البيع نبذة ٦١ .

(٢) كما إذا أريد منع الجار من أن يأخذ البيع بالشفعة .

(٣) وكثيراً ما يحصل في يوم القمار أن يصور البائع والمشتري ثمناً أقل من الثمن الحقيقي .

حتى تقل الرسوم المستحقة لإجراء التسجيل .

هذا الأمر . وعلى هذا فيلزم ، للقول بوجود الصورية ، توافر الأمور الآتية :

١ - يجب أن يكون المقصود من الصورية هو مجرد إخفاء حقيقة قانونية لا تعديلها . فإذا اتفق شخصان على أن يبيع أحدهما الآخر ماله ، وكان اتفاقهما جدياً ، ثم عدلا عن البيع ، فأبرما تصرفاً جديداً يثبتان فيه عدولهما هذا ، ما كنا بصدد صورية ، ولكن بصدد تفاسخ اتفاق البيع . ولكن الصورية تكون في حالتنا إذا لم يرد الشخصان السابقان البيع أصلاً ، ولكنهما ظهرا بمظهر من يبرمانه . ويعتبر التصرف جدياً غير صوري ، مادام من شأنه أن يعدل في المركز القانوني لطرفيه ، حتى لو كان الدافع إليه هو الغش والإضرار . ومثال ذلك أن يهب المدين ماله هبة جدية ، لكي يمنع دائنيه من التنفيذ عليه . فهنا لا يطن في الهبة بدعوى الصورية ، ولكن يمكن الطعن فيها بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروطها .

٢ - ويتربط على إقتصار الصورية على إخفاء الحقيقة القانونية دور إجراء تعديل فيها ، وجوب أن يتعاصر إبرام التصرف الحقيقي مع إبرام التصرف الصوري . فإن أبرم تصرف معين ، ثم أبرم بعد مدة طويلة تصرف آخر متعارض معه ، ما كنا بصدد صورية ، ولكن بصدد تعديل أو إلغاء التصرف الأول . ولكن المقصود بالتعاصر هنا هو التعاصر الذهني لا المادي^(١) ، بمعنى أن يكون الطرفان ، عند إبرامهما التصرف الصوري متفقين على أن هذا التصرف لا يسرى في حقهما ، وأن الذي يسرى هو تصرف آخر ، وسيان بعد ذلك أن يجرى هذا التصرف الآخر في نفس الوقت أو في وقت لاحق .

٣ - يجب ألا يتضمن التصرف الصوري ما ينم عن صوريته ، وينبغي

(١) أنظر تقض أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، مجموعة التقض س ١ رقم ١٣ ص ٤٨ — تقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، مجموعة التقض ١١ د ٣٠ ص ١٠٢ .

بالتالى بوجود التصرف الحقيقى الذى يخالفه . فإن كان التصرف الظاهر فاضحاً وجوذاً للتصرف الحقيقى ، ما كنا بصدد صورية ، وما طبقت أحكامها . ومثال ذلك أن يحجر عقدة فى صورة بيع ، ولكن يذكر فيه أن البائع يبرىء المشتري من الثمن ؛ هنا يفضح البيع بذاته الهبة ولا يسترها ، فلا يعمل بأحكام الصورية ؛ الأمر الذى يترتب عليه هنا عدم صحة الهبة ، مالم تكن بورقة رسمية أو كان الموهوب منقولا وتم قبضه .

١٠٥ - آثار الصورية

الفرض هنا أن تصرفاً صورياً قد أبرم . ونريد أن نتبين الآثار المترتبة على صوريته . لمختلف هذه الآثار باختلاف ما إذا كنا بصدد علاقة قائمة بين طرفى العقد الصورى وورثتهما ، وما إذا كنا بصدد علاقة قائمة بين هؤلاء وبين الغير ؛ وذلك على التفصيل الآتى :

١٠٦ - أ - آثار الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين وورثتهما

القاعدة العامة فى الصورية أنها ليست بذاتها سبباً للطلان لكل ما فى الأمر ، أنها ، وقد قصد بها أن تخفى تصرفاً معيناً فى صورة تصرف كاذب ، فإنه لا يعمل بهذا التصرف الكاذب أو الصورى ، ويسرى التصرف الحقيقى المستوردونه . فالفرض هنا أن المتعاقدين قد اتفقا حقيقة على إبرام تصرف معين ، ولكنهما أخفياه فى صورة تصرف آخر لا وجود له فى الحقيقة ؛ فالذى ينفذ هو التصرف الحقيقى الذى أراده الطرفان ، دون التصرف الصورى الذى لم يريداه به أكثر من العش والحديعة .

وهذه القاعدة العامة تسرى بلا قيد فى العلاقة القائمة بين المتعاقدين والخلف العام ، أى ورثة كل منهما والموصى له من أحدهما بنسبة معينة من التركة . وفى هذا تقضى المادة ٣٤٥ بأنه إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى .

فالتصرف الصوري لا ينتج أى أثر فى العلاقة بين المتعاقدين وورثتهما . فإذا باع زيد ، مثلاً ، شيئاً صورياً أرضاً يملكها لبكر ، اعتبر البيع غير قائم ؛ لأنه غير موجود فى حقيقة الواقع . وهكذا تظل ملكية الأرض للبائع الصوري (زيد) ، حتى لو سجل البيع ^(١) . ولا يلزم المشتري (بكر) بدفع الثمن المذكور فى العقد . وإذا مات البائع أو المشتري الصوريين ، فإن ملكية المبيع تنتقل إلى ورثة البائع دون ورثة المشتري . المهم هنا هو أن التصرف الصوري لا ينفذ فى العلاقة بين المتعاقدين والخلف العام . فالذى ينفذ فى حقهما هو التصرف الحقيقى . ولما كانت الحقيقة فى مثالنا السابق أنه لا يوجد تصرف البتة ، فلا يتغير الحال فى العلاقة القائمة بين طرفى العقد الصوري وورثتهما ؛ بل يبقى الأمر كما كان من قبل .

وإذا ستر شخصان هبة أبرماها فى صورة بيع ، فإن الذى يسرى فى حقهما وفى حق ورثتهما هو العقد الحقيقى المستور ، أى الهبة ، دون العقد الصوري الساتر ، وهو البيع ، مع استثناء ما تستلزمه الهبة من شكل ، وفقاً لما يقضى به القانون بنص خاص . فالأهلية الواجبة هنا هى أهلية التبرع ، ويجوز للتصرف الرجوع فى تصرفه ، إذا وجد فى حالة من الحالات التى يسوغ فيها الرجوع فى الهبة ، ولذا تبنى المتصرف أن يطعنوا فى التصرف على أساس أنه تبرع ، فلا يلزمهم إثبات الغش .

١٠٧ - ثانياً - آثار الصورية بالنسبة إلى الدائنين والخلف الخاص

لو تركنا الأمر لمجرد حكم القواعد القانونية العامة ، ما اختلف أثر الصورية بالنسبة إلى الغير عن أثرها بالنسبة إلى المتعاقدين . إذ فى كل من الحالتين ، لا يوجد فى الحقيقة إلا التصرف المستور ، دون التصرف الصوري . ولكن

(١) لأن الذى ينقل الملكية ليس هو التسجيل فى ذاته ، ولكن العقد المسجل . فإذا كان البيع صورياً أى غير موجود ، فلا معنى لتسجيله شيئاً .

المشرع لاحظ ، من ناحية أخرى ، أن بعض الأشخاص قد يتخدعون بوجود التصرف الصوري ، فيتوهمون صحته ، ويركزون إليه ويعولون في معاملاتهم عليه ، والعدالة تقتضي حماية حقوق هؤلاء ، على أساس اعتبار أن التصرف الكاذب الذي خدعهم هو تصرف حقيق يرتب آثاره . وليس لمصطنعي الصورية أن يتأذوا من هذا الوضع ، فهم الذين تسببوا في خديعة الناس . وما هذا إلا مجرد تطبيق لنظرية عريضة في القدم ، أخذت جذورها تتشعب في دنيا القانون في وقتنا الحاضر ، وهذه هي نظرية المظهر الخادع ، يحمي المخدوع ، أو نظرية الخطأ الشائع يوله الحق (١) .

وتمشياً مع هذه الفكرة ، جاءت المادة ١/٢٤٤ تقضي بأنه : « ١ - إذا أبرم عقد صوري ، فلداثي المتعاقدين والتخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويتبنوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم » .

فوفقاً لنص المادة ١/٢٤٤ ، يسوغ لبعض الأشخاص ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري الذي خدعهم ، بشرط أن يكونوا قد خدعوا به فعلاً . وبعبارة أخرى بشرط أن يكونوا حسني النية وذلك إلى جانب ما ثبت لهم ، تطبيقاً للقواعد العامة ، من التمسك بالتصرف الحقيقي . وهكذا نصّل إلى أنه يوجد هناك بعض أشخاص يكون لهم ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري أو بالعقد الحقيقي ، أيهما أوفق لمصلحتهم .

ولكن من هم هؤلاء الأشخاص الذين يسوغ لهم التمسك بأي التصرفين الصوري أو الحقيقي ، أيهما أفضل لهم ؟ هؤلاء ، وفقاً للمادة ٢/٢٤٤ ، هم الآتيون :

(١) أنظر في هذا الموضوع ، نظرية الظهور ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة من زميلنا الدكتور عبد الباسط جيمي .

١ - دائئو كل من المتعاقدين في التصرف الصوري : فلو أبرم تصرف صوري ، بيع مثلا ، كان لدائئ كل من طرفي هذا التصرف ، البائع والمشتري ، في مالنا ، أن يتمسكوا بالتصرف الصوري أو الحقيقي ، أيهما لم أنفع . وواضح هنا أن من مصلحة دائئ البائع التمسك بالتصرف الحقيقي ، والقول بأنه لا يوجد بيع ، حتى يبقى المبيع على ذمة مدينهم ، فيستطيعون التنفيذ عليه . في حين أن من مصلحة دائئ المشتري التمسك بالتصرف الصوري والقول بوجود البيع ، حتى يعتبروا أن المبيع قد انتقل إلى ذمة مدينهم ، فيستطيعوا التنفيذ عليه .

وأي دائئ لأحد المتعاقدين يستطيع ، وفقاً تقتضيه مصلحته ، أن يتمسك بأي التصرفين الصوري أو الحقيقي . فلا يلزم أن يكون حقه مستحق الأداء ، فلا أن يكون حقه سابقاً في نشوئه على التصرف الصوري .

٢ - الخلف الخاص لكل من المتعاقدين في التصرف الصوري : للخلف الخاص لكل من المتعاقدين ، كما لدائئ كل منهما تماماً ، أن يتمسك بالتصرف الصوري أو الحقيقي أيهما له أنفع . ويقصد بالخلف الخاص هنا كل من كسب على الشيء موضوع التصرف الصوري حقاً عينياً ، عن غير طريق الميراث أو الوصية بنسبة معينة من التركة ، كالثك أو الربع . ومثال ذلك أن يبرم بيع صوري ؛ فهنا يسوغ لكل من كسب ، من البائع أو المشتري الصوريين ، حقاً عينياً على الشيء المبيع ، باستثناء الوارث والموصى له بنصيب في التركة ، كالمشتري والمرتهن ، أن يتمسك بالتصرف الصوري أو الحقيقي أيهما له أنفع . فإذا فرض في المثال السابق ، أن البيع الصوري أبرم بين (أ) و (ب) ، ثم جاء (أ) وباع الشيء مرة ثانية لـ (ج) أو رهنه له ، كان (ج) خلفاً خاصاً لـ (أ) ، ومن ثم كان له أن يتمسك بالتصرف الحقيقي أو الصوري ، أيهما له أنفع ؛ والتصرف الأنفع له هنا هو الحقيقي ، إذ من مصلحته أن يعتبر البيع

المبرم بين (١) و (ب) غير موجود ، حتى تبقى الملكية لـ (١) ، فيتيسر نقلها أو رهنها من (١) إلى (ح) . وإذا جاء (ب) المشتري الصوري وباع بدوره الشيء إلى (ز) أو رهنه له ، كان (ز) خلفاً خاصاً لأحد طرفي البيع الصوري وهو (ب) ، وكان له بالتالي أن يتمسك بالتصرف الحقيقي أو الصوري كما يحلو له ؛ ومن مصلحة هنا أن يتمسك بالتصرف الصوري ، حتى يخلص منه إلى القول بأن ملكية الشيء قد انتقلت في البداية من (١) إلى (ب) ، ويصل بذلك إلى القول بأن (ب) قد نقل إليه الملكية أو رتب له الرهن .

ويسوغ للخلف الخاص لكل من طرفي التصرف الصوري أن يتمسك بالتصرف الصوري الظاهر أو الحقيقي المستور ، سواء أكان حقه قد نشأ قبل إبرام ذاك التصرف أم بعد ذلك . فلا أهمية لتاريخ نشوء حق الخلف الخاص وفي المثالين اللذين سردناهما فيما سبق ، كان حق الخلف الخاص تالياً في نشوئه للتصرف الصوري . وقد ينقلب الوضع ، بمعنى أن يكون حق الخلف الخاص هو السابق ، دون أن يتغير الحكم . مثال ذلك أن يرهن (١) عقاره رهناً رسمياً جدياً لـ (ب) ، ثم يأتي الراهن (١) ويبيع العقار المرهون بيعاً صورياً لـ (ح) ؛ هنا يسوغ لـ (ب) ، وهو خلف خاص لـ (١) في حق سابق على البيع الصوري ، أن يتمسك بالتصرف الصوري أو الحقيقي أيهما أنفع ؛ والأنفع له هنا أن يتمسك بالتصرف الحقيقي . والقول بأنه لا يوجد بيع ، حتى تبقى الملكية للراهن (١) ، فلا تنتقل إلى (ح) ؛ إذ بهذا يدرأ المرتهن (ب) عن نفسه المخاطر التي كان ليتعرض لها لو أن ملكية المرهون قد انتقلت إلى (ح) ، لا سيما حق هذا الأخير في تطهير العقار من الرهن .

يظهر مما سبق أن الذين يسوغ لهم ، وفقاً للمادة ٢٤٤/١ ، أن يتمسكوا بالتصرف الحقيقي أو الصوري أيها أوفق لمصلحتهم هم الدائنون والخلف

الخاص لكل من طرفي العقد الصوري . على أن خيارهم في ذلك لا يثبت لهم إلى إذا كانوا حسن النية ، بمعنى أن يكونوا غير عالين بالصورية . فإذا كان أحد هؤلاء سيئ النية ، بأن كان على علم بالصورية ، ما ثبت له الخيار السابق ، وسرت بصده القاعدة العامة التي تقضي بوجوب الاعتداد بالتصرف الحقيقي وحده .

وإذا ازم ، لكي يثبت للدائن أو للخلف الخاص لكل من طرفي العقد الصوري أن يتمسك بالتصرف الحقيقي أو الصوري أيهما له أوفق ، أن يكون حسن النية ، فإنه يلزمنا أن نحدد الوقت الذي يلزم فيه توافر هذا الشرط . ولا صعوبة في الأمر إذا كان حق الدائن أو الخلف الخاص قد نشأ في تاريخ لاحق لإبرام العقد الصوري ، كما إذا باع (١) لـ (ب) أرضه ببيعاً صورياً ، ثم باع (ب) الأرض لـ (ح) ؛ ففي هذه الحالة ، يكفي أن يكون الدائن أو الخلف الخاص حسن النية في الوقت الذي نشأ فيه حقه ، فلا أهمية لما إذا علم بالصورية بعد ذلك . أما إذا كان حق الدائن أو الخلف الخاص قد نشأ في تاريخ سابق لإبرام التصرف الصوري ، فإننا نرى وجوب توافر حسن نيته ، في الوقت الذي يتخذ فيه إجراء معيناً معولاً فيه على التصرف الصوري باعتباره حقيقياً .

وكما هي القاعدة العامة ، حسن النية يفترض على من يدعي أن دائن كل من طرفي التصرف الصوري أو خلفه الخاص سيئ النية ، بمعنى أنه كان يعلم بالصورية ، أن يقيم الدليل على صحة ادعائه .

١٠٨ - يتحصل من كل ما سبق أنه إذا أبرم عقد صوري ، ساذغ لدائني كل من المتعاقدين وخلفه الخاص أن يتمسكوا بالعقد الصوري أو الحقيقي أيهما أوفق لمصلحتهم ، بشرط أن يكونوا حسن النية ، أي جاهلين بالصورية . ولكن ما الحكم إذا ما تعارض هؤلاء فيما وقع اختيارهم عليه ، بأن تمسك

بعضهم بالعقد الصوري الظاهر ، وبعضهم الآخر بالعقد الحقيقي المستتر ؟

واضح أننا لا نستطيع هنا أن تمشي مع الرغبين كليهما ، فلا بد من توضيح إحداهما في سبيل الأخرى . ولكن لم يثبت الأفضلية هنا ؛ هل ثبت لمن يتمسك بالعقد الحقيقي ، أم لمن يتمسك بالعقد الصوري ؟ لو أخذنا بحكم القواعد العامة ، لوجب أن تفضل المتمسك بالعقد الحقيقي ؛ لأنه هو العقد الذي انصرفت إليه فعلا نية عاقديه . ولكن المشرع آثر هنا أن يخالف القواعد العامة وأن تمشي مع نظرية المظهر الخادع بحمي الخدوع ، فقرر أفضلية من يتمسك بالعقد الظاهر أو الصوري . وفي هذا تقضي المادة ٢/٢٤٤ بأنه : ٣٠ — وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين .

١٠٩ — ثانياً — أثر الصورية بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين

تبينا فيما سبق أثر الصورية بالنسبة إلى طرفي العقد الصوري وورثتهما من ناحية ، ثم أثرها بالنسبة إلى دائرتهم وخلفهم الخاص من ناحية أخرى ، ورأينا أن أثر الصورية ، بالنسبة إلى الطائفة الأولى ، يتركز في وجوب إعمال التصرف الحقيقي المستور دون الاعتداد بالتصرف الصوري الظاهر ، في حين أن أثرها ، بالنسبة إلى الطائفة الثانية ، يتركز في ثبوت الخيار لها في التمسك بالتصرف الصوري أو الحقيقي أيهما تراه أصلح ، بشرط حسن النية .

ويلاحظ أن الأشخاص السابقين هم وحدهم الذين ذكرهم القانون وأفصح عن أثر الصورية بالنسبة إليهم . ولكن ما الحكم بالنسبة إلى غيرهم ؟ ما أثر الصورية التي يلجأ إليها شخصان في حق آخر لا يدخل لا في طاقة المتعاقدين وورثتهم ، ولا في طاقة دائتي هؤلاء وخلفهم الخاص ؟

نأثر هذا التساؤل ، على وجه الخصوص ، بالنسبة إلى الشفيع في بيع صوري ، أي الشخص الذي يريد أن يأخذ العقار المبيع بغير صورته بالشفعة

إذا بيع عقار بيعاً صورياً ، فهل يجوز للجار ، مثلاً أن يأخذه بالشفعة ؟

مفتاح هذه المسألة البالغة الأهمية هو في تبين أثر صورية البيع بالنسبة للشفيع ، هل يأخذ بالنسبة إليه بالحكم الذي تمليه القواعد العامة ، وهو الاعتداد بالتصرف الحقيقي وحده دون التصرف الصوري ، أو يأخذ ، بالنسبة إليه ، بالحكم الذي قرره القانون في شأن الدائنين والخلف الخاص ، وهو أنه يسوغ التمسك بالتصرف الحقيقي أو الصوري أيهما أوفق . وواضح ما يترتب على الأخذ بهذا الحكم أو بذاك من أهمية بالغة . فإن أخذنا بالحكم الأول ، وجب القول بأنه لا يوجد بيع ، ومن ثم كانت الشفعة على غير أساس . وإن أخذنا بالحكم الثاني ، لكان من مصلحة الشفيع أن يتمسك بالعقد الصوري والقول بوجود البيع ، الأمر الذي يجعل شفيعته على أساس .

وقد أطردت محكمة النقض ، في عديد من أحكامها ، على اتباع الحكم الأول ، وخلصت منه إلى القول بثبوت الحق في أخذ العقار المبيع بيعاً صورياً بالشفعة ، حتى لو كان البائع والمشتري الصوريان لم يبرما في الحقيقة أي تصرف (صورية مطلقة) ، أو كانا قد أبرما تصرفاً لا يجوز الشفعة فيه كالمبيعة (صورية نسبية) . والحجة التي استندت إليها محكمة النقض هي أن « الشفيع .. من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين — البائع والمشتري — فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحتاج بالعقد المستتر ، إلا إذا كان هذا العقد مسجلاً ، أو كان هو عالماً بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد^(١) . وقد لقي هذا الرأي قبولاً لدى الكثير من الشراح المصريين^(٢) .

(١) نقض ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام النقض س ٣ من ١٠٦٣ . وانظر أيضاً

نقض ٢٥ مارس ١٩٥٤ ، مجموعة النقض س ٥ من ٦٣٥ .

(٢) أنظر : عمدة على عرفه ، حق الملكية ج ٢ نبذة ٢٥٨ — عبد النعم البدراوي ،

الحقوق العينية الأصلية ، نبذة ٥٢٩ — سليمان مرقس ، أحكام الالتزام نبذة ١٨٥ — اسماعيل غانم ، نبذة ١١٤ .

والرأى عندنا أن الصواب قد جانب محكمتنا العليا فيما ذهبت إليه ،
كما جانب من تشييع لرأيها من الفقهاء . فالشفيع لا يدخل في طائفة الأشخاص
الذين يسوغ لهم التمسك بالتصرف الحقيقي أو الصوري أيهما أوفق لهم ،
بل لا يعتد بالنسبة إليه إلا بالتصرف الأول . ولعل محور الخطأ فيما
ذهبت إليه المحكمة العليا هو أنها نظرت في الأمر ببساطة أكثر مما يجب .
فقد اكتفت بالفرقة بين طائفتين من الأشخاص ، هما طائفة المتعاقدين
وخلفهما العام وطائفة الغير ، مقررّة أنه لا يعتد ، بالنسبة إلى الطائفة
الأولى ، إلا بالتصرف الحقيقي دون الصوري ، في حين أن يكون للطائفة
الثانية أن تعتد بأي التصرفين تراه . وهذه الفرقة ليست دقيقة ، في ظل قانوننا
الحالي^(١) . فإن كان من الحق أن القانون حدّد أثر الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين
وخلفهما العام بتقرير نفاذ التصرف الحقيقي وحده في حقهم ، فهو لم يقرر
أبدأ أنه يجوز لغير هؤلاء أن يتمسك بأي من المتصرفين الصوري أو الحقيقي
أيهما لهم أنفع ؛ بل إنه قصر هذا الأثر على طائفتين من الغير حددهما بالذات ؛
وهما طائفة دائي المتعاقدين وطائفة الخلف الخاص لكل منهما
(المادة ١/٢٤٤) .

~~فلا يسوغ القول بأن الشفيع أن يتمسك بالعقد الصوري لمجرد اعتباره
(من الغير) ، فهذا الحق لا يثبت لكل غير ؛ وإنما يثبت فقط لبعض محدّد~~

(١) وربما كان لهذه الفرقة ما يبررها تحت ظل القانون الفرنسي ، حيث نجد المادة ١٣٢١
منه تقرر تقابلاً ظاهراً بين طرفي العقد الصوري وغيرهما من الأشخاص ؛ حيث جاءت تقول :
« لا ترتب أوراق الضد أثرًا إلا بالنسبة لطرفيها المتعاقدين عليها ؛ فليس لها أدنى أثر بالنسبة
إلى الغير » . وربما يكون لهذه الفرقة أيضاً ما يبررها تحت ظل قانوننا القديم ، حيث لم يكن
يوجد فيه نص يحكم الصورية . أما في قانوننا الحالي ، فالوضع يتغير بالضرورة ، بسبب أن
المادة ١/٢٤٤ منه تحدّد الغير الذين يسوغ لهم التمسك بالتصرف الظاهر أو الصوري ، بدائي
كل من المتعاقدين وخلفه الخاص .

(٢) وقد وصل إلى هذا الرأي من قبلنا أستاذنا عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج ٢
نبذة ٦٢١ .

من الغير ، ونعني به دائي كل من طرفي العقد الصوري وخلفهما الخاص .
والشفيع لا يعتبر دائئاً لا للبائع ولا للبشري كما أنه لا يعتبر خلفاً خاصاً
لأحدهما ؛ لأنه ليس له أى حق على العقار ، مادامت الشفعة لم تثبت بعد^(١).

خلاصة ما سبق أنه ليس من الصواب ، في رأينا أن نقول إن كل غير
يسوغ له أن يتمسك بالتصرف الحقيقي أو الصوري أيهما له أنفع . فغير
المتعاقدين ينقسمون بالنسبة إلى الصورية نوعين : (الأول) يشمل
طائفة دائي كل من المتعاقدين وخلفهما الخاص ؛ وهذا النوع يسوغ
له التمسك بأى التصرفين يراه ، وفقاً لصريح نص المادة ١/٢٤٤ . (الثاني) يشمل
الأشخاص الآخرين غير ما سبق ذكرهم ، كالشفيع . ولم يصح القانون
بأثر الصورية بالنسبة إليهم . ويزى وجوب الاعتداد في مواجهتهم بالتصرف
الحقيقي^(٢) هذه ؛ تطبيقاً للقاعدة العامة ، وذلك دون إخلال بحقوقهم في الرجوع
بالتعويض عن الأضرار التي تنالهم بسبب تعويلهم على التصرف الصوري ،
وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية عن العمل غير المشروع .

١١٠ - إثبات الصورية

إذا كان من مصلحة صاحب الشأن أن يتمسك بالعقد الحقيقي دون العقد
الظاهر ، وسواء أكان العقد الأول هو الذي يسرى وحده بالنسبة إليه ، أم
أكان له أن يختار بين العقدين ، وفضل الأول على الثاني ؛ في هذه الحالة تبرز
مسألة إثبات الصورية .

وتخضع إثبات الصورية للقواعد العامة في النسبة إلى من يقع عليه عبء
إقامته والأدلة المقبولة فيه على السواء . فعلى إقامة الدليل على الصورية يقع على
مدعيها ، إذ البينة على من ادعى . وكذلك تسرى القواعد العامة بالنسبة

(١) راجع في هذا الموضوع مؤلفنا ، دروس الأموال ، نية ٢٣٧ .

إلى الأدلة التي يسوغ قبولها في إثبات الصورية . على أن هذه القواعد العامة تقتضي التفرقة بين ما إذا كان مدعى الصورية هو أحد طرفيها أو خلفه العام ، وبين ما إذا كان من الغير .

فبالنسبة إلى طرفي العقد الصوري وخلفهما العام ، تستلزم ، كقاعدة عامة ، الكتابة في إثبات الصورية ، إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات ، أو إذا كان التصرف الصوري ثانياً في محرر ، حتى لو لم تتجاوز قيمته عشرة جنيهات ، تطبيقاً للقاعدة التي تقتضي بأنه لا يسوغ إثبات ما يخالف ما ورد بالكتابة إلا بالكتابة (المادة ١٤٠١) . ويستثنى من هذا الحكم الصورية التدلّسية ، أي تلك التي يقصد بها التحايل على القانون ، بإخفاء أمر يحظره في صورة أمر يبيحه ، هو بأ من سطوته ، إذ يجوز هنا لكل من يقع التحايل على القانون إضراراً به ، حتى لو كان أحد طرفي العقد الصوري أو ورثتهما ، أن يثبت الصورية بكافة أدلة الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، بالغة ما بلغت قيمة التصرف الصوري ، ومثال الصورية التدلّسية تلك التي تخفى الربا ، كما إذا اقترض شخص من آخر مائة جنيه ، وافق معه على فوائد للقرض قدرها عشرون جنيهاً في العام الواحد ، وذكر في العقد أن أصل القرض هو ١٢٠ جنيه يدفعه المقرض بعد عام ، ومثالها أيضاً تلك التي تخفى السبب غير المشروع للالتزام ، كما إذا وهب شخص لخليلته مالا له ، لكي يحظى باستمرار معاشرتها إياه ، وصور العقد في الظاهر على أنه بيع تم فيه قبض الثمن .

أما بالنسبة إلى الغير ، أو قصدتهم هنا كل شخص آخر غير طرفي العقد الصوري وخلفهما العام ، كدائمي التعاقد وخلفهما الخاص وأي شخص اجنبي آخر ، فتعتبر الصورية مجرد واقعة قانونية ، لكونهم لم يشتركوا فيها . ولذلك يسوغ لهم أن يثبتوا الدليل عليها بأي دليل من أدلة الإثبات ، دون اعتبار لقيمة التصرف .

١١١ - دعوى الصورية كوسيلة لحماية حقوق الدائنين :

تناولنا فيما سبق الصورية في إطارها العام ، فوضحنا المقصود منها وشروط توافرها وآثارها . ولكي تعم الفائدة ، يحسن بنا ، ونحن في مجال عرض الوسائل التي تكفل للدائنين استيفاء حقوقهم ، أن نبين كيف تتخذ دعوى الصورية وسيلة لحماية هؤلاء وتمكينهم من اقتضاء ديونهم .

فدعوى الصورية ، كالدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، قد تتخذ وسيلة يكفل بها الدائن استيفاء حقه . ويحصل ذلك إذا ما ظهر المدين بمظهر من يجري تصرفاً معيناً من شأنه ، لو وقع حقيقة ، أن يضر بالدائن ، كما إذا باع المدين ماله يباعاً صورياً ، أو عقد قرناً صورياً . في هذه الحالة ، تحمى دعوى الصورية الدائن ، عن طريق تمكينه من مهاجمة التصرف الصوري ، لكي يثبت كذبه ويرفع القناع عن الحقيقة التي قصد به سترها . وفضلها يستطيع الدائن ، في مثالينا السابقين ، أن يصل إلى الحكم بأن البيع أو القرض لم يقع في الحقيقة ، وأن المبيع لا زال بالتالي موجوداً على ذمة المدين ، الأمر الذي يخول الدائن التنفيذ عليه ، أو أن القرض لم يحصل في الحقيقة ، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد المقرض المزعوم من مزاحمة الدائنين الحقيقيين في استيفائهم حقوقهم من أموال المدين .

ولا يلزم ، لكي يستطيع الدائن حماية حقه بدعوى الصورية ، أكثر من أن يكون دائناً . فلا يشترط فيه بعد ذلك أي شرط خاص . فلا يلزم ، بخلاف الدعوى البولصية ، أن يكون حقه مستحق الأداء ، ولا أن يكون حقه سابقاً في نشوئه على التصرف الذي يهاجمه ، بل لا يلزم أي شرط خاص لمباشرة الدعوى ذاتها . فلا يلزم لذلك أن يكون المدين معسراً ، على خلاف ما رأيناه بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . ولا يلزم أن يحصل التصرف الصوري إضراراً بالدائن ، بخلاف ما يتطلبه القانون للطعن في المعاوضات بالدعوى البولصية .

هكذا تبين سهولة الاتجاه الدائن إلى دعوى الصورية . فباشرة تلك الدعوى أسهل بكثير من مباشرة الدعوى البولصية التي يقيد بها القانون بشروط عدة . بل إن مباشرة الدائن دعوانا أسهل حتى من مباشرة الدعوى غير المباشرة ، على سهولة هذه الأخيرة .

والسبب في سهولة مباشرة دعوى الصورية ترجع إلى أن مباشرها لا يستهدف بها أكثر من تقرير الحقيقة ، وإثبات كذب التصرف الصوري الذي قصد به خديعة الناس .

وإذا رفع أحد الدائنين دعوى الصورية ، مهاجماً بها تصرفاً صورياً أجراه المدين ، ونجحت تلك الدعوى ، بأن حكم القاضي بصورية التصرف المطعون فيه ، فإن الدائن لا يستأثر بثمرة الدعوى ، بل يعم نفعها على غيره من دائتي المدين . فكل ما للحكم بصورية التصرف من أثر لا يتجاوز تقرير كذبه . فإن كان التصرف المطعون فيه هو بيع صوري صورية مطلقة مثلاً ، اقتصر أثر الحكم بصوريته على اعتبار أن البيع لم يقع أصلاً ، وأن المبيع المزعوم لا زال بالتالي على ملك المدين . وما دام هو كذلك ، فإن يدخل في الضمان العام المقرر لجميع الدائنين ، وليس لمن كسب الدعوى وحده .

وهكذا نخلص إلى أن ثمرة دعوى الصورية لا تقتصر على الدائن الذي رفعها ، بل يفيد منها معه جميع دائتي المدين الآخرين ، وعلى قدم المساواة معه ، ما لم يكن له سبب من أسباب التقدم التي يقررها القانون . وفي هذا تشابه دعوانا مع الدعوى غير المباشرة ، وتختلف بعض الشيء عن الدعوى البولصية ، التي وإن لم تقتصر قائمتها على رافعها ، إلا أن تلك الفائدة لا تعم على جميع دائتي المدين ، بل تقف عند من كان يسوغ لهم مباشرة تلك الدعوى منهم .

٤ - شهر الإعسار

١١٢ - تكلمنا فيما سبق في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . وهى وسائل أساسية يستطيع بها الدائن أن يدرك عن نفسه ، فى الكثير من الحالات ، ضرر ما يجربه المدين من تصرفات .

بين أن هذه الدعوى ، على أهميتها وكبير نفعها ، لا تحمى الدائن من كل ضرر . فالدعوى البولصية ، مثلاً ، وهى أقوى تلك الدعاوى وأبعدها أثراً وأكثرها نفعاً للدائن ، لا تحمى هذا الأخير ، إذا كان تصرف المدين معاوضة ، إلا إذا ثبت الغش على المدين وكان المتصرف له على علم بغشه هذا . وهكذا يمكننى لكي يقع تصرف المدين بمنأى عن الدعوى البولصية ، أن يجربه وهو حسن النية أى حالة كونه غير عالم بإعساره ، أو أن يكون المتصرف إليه حسن النية ، أى غير عالم بإعسار المدين ؛ مع ملاحظة أن عبء إثبات الغش يقع على الدائن ؛ وهو عبء ثقيل ، كثيراً ما يفشل فى أدائه .

فمن أجل ذلك ، لم يكتف القانون التجارى ، منذ صدوره ، بالدعوى السابقة . فعمد إلى تقرير نظام آخر يصل إلى حماية الدائنين بطريقة أجدى وأمن . وهذا هو نظام الإفلاس . ويقوم هذا النظام على أسس ثلاثة : (١) رفع يد المدين عن إدارة أمواله ، وقيام شخص آخر ، يسمى السنديك ، بهذه الإدارة نيابة عنه وعن دائنيه . (٢) غل يد المدين عن التصرف فى أمواله . فكل تصرف يجربه المدين المفلس لا يسرى فى حق دائنيه ، حتى لو صدر مجرداً عن كل غش . (٣) منع الدائنين من اتخاذ الإجراءات الفردية لاستيفاء ديونهم ، والالتجاء إلى تصفية أموال المدين تصفية جماعية ثم توزيع حاصلها على الدائنين كل بنسبة دينه . ويقوم بهذه التصفية الجماعية السنديك نيابة عن مجموع الدائنين .

ولم يشأ قانوننا المدين القديم أن يضيق على الدائنين العاديين من سبل

الحماية أكثر من منحهم الدعاوى الثلاث التي بينهاها . فهو لم يلجأ إلى تقرير نظام يشبه الإفلاس يطبق على المدين غير التاجر ، وبعبارة أخرى ، لم يلجأ إلى تنظيم شهر إعسار المدين ، ناهيا في ذلك منحي القانون الفرنسي . وترتب على ذلك أن تعرض الدائنون للمدين غير التاجر لأضرار جمة ، كانت تهدد الدعاوى الثلاث السابقة ، وعلى رأسها الدعوى البولصية ، عن ذمتها .

ولتفادي هذا القصور التي عمت منه الشكوى ، جاء قانوننا المدني الجديد منظما حالة إعسار المدين غير التاجر ، على نحو يوفق بين المصالح المتضاربة للمدين وللدائنين . وإذا لم يصل الإعسار المدني ، في سبيل الحماية التي يضيفها على الدائنين ، مبلغ ما وصل إليه في هذا الصدد نظام الإفلاس ، فليس ذلك سببا للتهوين من شأنه أو الخط من قدره . بل إن ذلك مقصود ومرغوب فيه . فما لا شك فيه أن مقتضيات الائتمان التجاري أشد إلحاحا وعنفًا من مقتضيات الائتمان المدني . فالتجارة تقوم أساساً على الائتمان . الأمر الذي سوغ أخذ التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه بمنتهى الحزم والشدة ، فترفع يده عن إدارة أمواله ، وتضيق تلك الأموال تصفية جماعية ، فضلا عن غل يد المدين عن التصرف فيها . أما الائتمان المدني ، فليس في حاجة إلى كل هذا العنف . ولذلك لم يكن هناك ضرورة لأن يقوم الإعسار على رفع يد المدين عن إدارة أمواله ، ولا على إجراء تصفية جماعية لأمواله . وهكذا لم يبق من الأسس التي يقوم عليها نظام الإفلاس إلا ذاك الذي يتضمن غل يد المدين عن التصرف في أمواله . وقد استمد نظام الإعسار منه هذا الأساس ، فأصبح دعامة الأولى ومعقل القوة فيه .

١١٣ - الإعسار القانوني والإعسار الواقعي

ويتنظم القانون للإعسار ، أصبح هناك نوعان متميزان منه : وهي الإعسار القانوني والإعسار الفعلي أو الواقعي .

فالإعسار القانوني هو الذي يتولى القانون تنظيمه. وهو يتميز ، كما سيحي بعد قليل ، بأنه لا يكون إلا بمقتضى حكم يصدر في دعوى ، وبأن القانون يكفل له سبل إظهاره للناس ، عن طريق قيده في سجلات خاصة . ثم يتميز الإعسار القانوني أيضاً بأنه يلزم ، للحكم به ، أن تزيد ديون المدين الحالة عن أمواله . فلا يدخل في تقديره ديون المدين التي لم يحل أجلها بعد .

أما الإعسار الواقعي ، فهو ، كما يدل عليه اسمه ، مجرد حالة واقعة تزيد فيها ديون المدين جميعها ، ما حل منها وما لم يحل بعد ، على أمواله ، دون أن يكون هناك حكم يقضى به .

وتنبه وبلا حظ أن النصوص القانونية ، التي تستلزم الإعسار لترتيب آثار معينة ، تختلف . بعضها يتطلب الإعسار القانوني . وبعضها الآخر يقع بالإعسار الواقعي . ومن النصوص التي تتطلب الإعسار القانوني ، المادتان ٢٥٥/١ و ٢٧٣ ، اللتان تستلزمان الإعسار القانوني لسقوط أجل الديون التي في ذمة المدين ، والمادة ٢٥٦/٢ التي تقضي بعدم سرمان حق الاختصاص على الدائنين السابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (والمادة ٢٥٧ التي تقضي بأن التصرفات الصادرة من المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى إعساره لا تسري في حق دائنيه)

أما الأنظمة التي تكتفي بالإعسار الواقعي ، فنسوق منها الدعوى البولصية (راجع المادة ٢٣٩) ، والدعوى غير المباشرة .

وننبه وبلا حظ أن الإعسار القانوني يفيد أن المدين المعسر مستغرق بالديون بدرجة لا تقل إن لم تكن أشد مما عليه الحال في الإعسار الواقعي . ولذلك فكل نظام يتطلب الإعسار الواقعي ، يكنى فيه ، من باب أولى ، الإعسار القانوني . أما العكس ففيه صحيح إطلاقاً

١١٤ - منهاج البحث : البحث ١ - شهر الإعسار

أعطينا فيما سبق فكرة عامة عن الإعسار . وتناول هنا ، بشيء من التفصيل ، الإعسار القانوني ؛ أى ذاك الذى يصدر حكم بشهره . ونبدأ بشروط الإعسار القانوني وإجراءاته ، ثم نعقب بآثاره ، ونختم بانتهائه .

١١٥ - شروط شهر الإعسار :

يلزم ، لقيام الإعسار القانوني ، وبعبارة أخرى ، يلزم لشهر الإعسار ، توافر الشرطين الآتيين :

١ - يلزم أن تقل أموال المدين عن ديونه المستحقة الأداء ، أى تلك التى حل أجل الوفاء بها (المادة ٢٤٩) . فلا يدخل فى التقدير الديون التى لم يحل أجل الوفاء بها بعد ، فإن كانت ديون المدين فى مجموعها ، الحال منها وغير الحال ، تزيد على حقوقه ، ولكن الحال منها وحده لا يزيد على تلك الحقوق ؛ فإن غلب ذلك لا يكفي لشهر . وفى هذا خلاف جوهرى بين الإعسار القانوني والإعسار الواقعي ، حيث يعتد فى هذا الأخير بديون المدين جميعها ، ماحل منها وما لم يحل بعد .

٢ - لا يكفي ، لقيام الإعسار القانوني ، أن تقل أموال المدين عن ديونه المستحقة الأداء . بل يلزم لذلك أن يصدر حكم بشهره . وفى هذا يتشابه الإعسار القانوني مع الإفلاس ، ويختلف عن الإعسار الفعلي . ويصدر الحكم بشهر الإعسار ^(١) فى دعوى ^(٢) ترفع إلى المحكمة الابتدائية السائبة بها موطن المدين . ولا يجوز الحكم بشهر الإعسار ، إلا بناء على طلب المدين نفسه .

(١) مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار ثمانية أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً ، تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام (المادة ٢١٢) .
(٢) وتقتضى هذه الدعوى على وجه السرعة (المادة ٢١٠) .

أو طلب أحد دائنيه^(١). فلا يسوغ للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

وتمتع المحكمة ، في صدد الحكم بشهر الإعسار ، بسلطة تقديرية رجة الحدود ، فهي ليست ملزمة بأن تقضى به ، إذا تحققت أن أموال المدين لا تكفي للوفاء بديونه المستحقة الأداء ، وإنما الأمر جوازي لها . بل إن على المحكمة ، وقولاً يقتضيه المادة ٢٥١ ، أن تراعى ، قبل الحكم بشهر الإعسار ، جميع الظروف التي تحيط بالمدين ، العامة منها والخاصة على السواء . فهي تنظر في الأسباب التي أدت إلى ارتباك حالته ، ويمتنع عليها أن تحكم بشهر إعساره ، إذا ما تبينت أملاً في إقالاته من عثرته . فإذا ظهر للمحكمة ، مثلاً ، أن ارتباك حالة المدين يرجع إلى أزمة اقتصادية لن تلبث أن تزول ، أو أن للمدين موارد محتملة (كإيراث أو وصية يؤمل فيها) ، يرمى منها أن يتحسن مركزه ، أو أن له من القدرة والكفاية الشخصية ما يجعل منتظراً له التوفيق في مستقبله ، في كل هذه الحالات وما يشابهها ، يمتنع على المحكمة أن تقضى بشهر الإعسار ، برغم تحققها من زيادة ديون المدين الحالة على حقوقه.

١١٦ - نعييل شهر الإعسار

يستلزم المشرع اتخاذ بعض إجراءات تستهدف إحاطة شهر إعسار المدين بقدر من العلانية . والغاية من تلك العلانية هي حماية الدائنين ، من ناحية وحماية الغير الذين يتعاملون مع المدين ، من ناحية أخرى .

(١) ولا يلزم في الدائن ، الذي يطلب شهر إعسار مدينه ، أن يكون حقه مستحق الأداء . بل إن له أن يطلبه ، حتى لو كان دينه مقترناً بأجل لما يحل . وإنما عليه هنا أن يثبت أن أموال مدينه لا تكفي للوفاء بديونه المستحقة الأداء . وشهر إعسار الدين يفيد ، على وجه الخصوص الدائن الذي لم يحل أجل دينه بعد . إذ أنه يقرب على شهر الإعسار سقوط الأجل ، كما سنبينه في التتبع بعد قليل .

فالإعسار لا يقوم، كما سبق لنا القول، على إجراء تصفية جماعية لأموال المدين. بل يبقى لكل دائن أن يتخذ الإجراءات الفردية التي تقتضيها ظروفه. ولما كان شهر إعسار الدين يعني ارتباك حالته المالية وعدم كفاية أمواله للوفاء بديونه، فإن الدائر من الدائنين في اتخاذ إجراءات التنفيذ على تلك الأموال يقع من الأهمية بمكان. فمن يتأخر منهم في اتخاذها يتعرض لعدم استيفاء دينه. من أجل ذلك، أراد القانون أن يتيح للدائنين جميعاً فرصة العلم بشهر الإعسار.

ومن ناحية أخرى، يؤثر شهر الإعسار في حقوق الغير الذين يتعاملون مع المدين. إذ أن تصرفات المدين التالية لتاريخ تسجيل عريضة دعوى الإعسار لا تنفذ في مواجهة دائنيه، إذا كان من شأنها أن تضرم (المادة ٢٥٧). ومن ثم لم أن تتيح للغير فرصة العلم بشهر الإعسار.

وتتم علانية شهر الإعسار عن طريق تسجيل عريضة الدعوى التي ترفع، ثم التأشير بالحكم الصادر في هذه الدعوى على هامش تسجيلها. ويتم تسجيل شهر الإعسار على النحو السابق إدارياً، من تلقاء نفس كاتب المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار. وهو يتم في سجين يقع أولها في قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي أشهرت الإعسار. ويقع الثاني في قلم كتاب محكمة مصر، وهو سجل عام يشمل أسماء جميع المعسرين في إقليم مصر (راجع المادة ٢٥٣). وإذا تغير موطن المدين، لم تسجيل إعساره في قلم كتاب محكمة موطنه الجديد، فضلاً عن تسجيله في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم وفي قلم كتاب محكمة مصر (أنظر المادة ٢٥٤).

١١٧ - آثار شهر الإعسار :

ترتب على شهر الإعسار آثار بالغة الأهمية، وهذه الآثار هي الآتية :

١ - سقوط آجال الديون : فإذا كان على المدين ديون مؤجلة، ترتب

على شهر إعساره، كقاعدة عامة، سقوط آجالها، فتصبح بذلك مستحقة الأداء حالاً. وفي ذلك تقضى المادة ٢٥٥ بأنه: «١٠ — يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة. ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل. ٢ — ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة. كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً».

فالأصل أنه إذا أشهر إعسار المدين، ترتب على إعساره سقوط آجال ديونه المؤجلة. ولم يكتف المشرع بالنص على هذا الحكم في المادة ٢٥٥ في الفصل الخاص بالإعسار، وإنما عاد ونص عليه مرة ثانية في المكان المخصص للأجل، حيث جاءت المادة ٢٧٣ تقضى بأنه: «يسقط حق المدين في الأجل: ١ — إذا أشهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون...».

والغاية من سقوط الأجل، نتيجة شهر الإعسار، هي إتاحة الفرصة لأصحاب الديون المؤجلة في أن يشتركوا مع أصحاب الديون الحالية في التنفيذ على أموال المدين، وبذلك يصلون إلى التساوى معهم في استيفاء حقوقهم. فالفرض أن المدين مستغرق بالديون، وأن أمواله لا تكفي للوفاء بديونه. فحلول أجل الدين شرط لإمكان التنفيذ بمقتضاه على أمواله. فلو ترك الأمر للقواعد العامة، لتعذر على صاحب الحق المؤجل أن يشترك مع غيره من الدائنين في التنفيذ على أموال المدين؛ وبهذا يغلب أن تضعيف الفرصة عليه في استيفاء دينه. ولا شك أن هذا الحكم يتنافى مع العدالة ومع مبدأ المساواة بين الدائنين. ومن أجل تقادى ذلك، قرر القانون سقوط أجل الديون المؤجلة، حتى يستطيع أصحابها أن يشتركوا في التنفيذ على أموال المدين

مع غيرهم من أصحاب الديون الحالة . وهذا يسود مبدأ المساواة بين الدائنين إلى حد كبير .

على أن سقوط آجال الديون المؤجلة ، نتيجة شهر إعسار المدين ، لا يحصل بغير مقابل . فالدين المؤجل لا يتساوى في قيمته الاقتصادية مع الدين الحال . فإن أصبح حالا ، وجب أن ينتقص منه مقابل الأجل . وقد قدر المشرع هذا المقابل بالفائدة القانونية كانت أم اتفاقية ، على حسب الأحوال . وهكذا يترتب على سقوط آجال الديون المؤجلة أن يخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل (المادة ٢٥٥/١) . فإن كانت هناك فوائد اتفاقية محددة بسعر معين ، وليكن ٧٪ مثلا ، وكان الدين ١٠٠ جنيه يستحق بعد عام ، ترتب على سقوط الأجل ، أن يحط من أصل الدين بمقدار يتساوى مع الفوائد التي كانت تستحق عن عام ، أى ٧ جنيهات ؛ وبهذا يصير المستحق على المدين ٩٣ جنيا . أما إذا لم تكن هناك فوائد اتفاقية ، خصم من الدين مقدار يتساوى مع الفوائد القانونية وسعرها ، كما نعلم ، ٤٪ في المسائل المدنية ؛ وبهذا يصبح الدين ، في مثالنا السابق ، ٩٦ جنيا .

وإذا كان من شأن شهر إعسار المدين أن يرتب سقوط آجال ديونه المؤجلة ، فإن هذا الأثر ليس حتميا إذ أنه وفقا لما تقضى به المادة ٢٥٥/٢ ، يجوز للقاضي أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفي مواجهة دوى الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة . كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأى أن هذا الاجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا ،

لذلك فللقاضي أن يحكم بإبقاء آجال الديون المؤجلة أو حتى مدها إلى الوقت الذى يراه . وله كذلك أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة . وإنما

يلزم ، لتبوت تلك الرخصة للقاضي ، توافر الشروط الآتية : (١) أن يطلب المدين نفسه إبقاء الأجل أو مده أو منحه أجلاً للوفاء بدينه الذي حل فليس للقاضي أن يحكم بذلك من تلقاء نفسه (٢) أن ينظر القاضي في طلب المدين في مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، حتى تتاح لهؤلاء فرصة الدفاع عن مصالحهم. (٣) أن تكون هناك ظروف تبرر الإجراء المطلوب ، كما إذا كان هناك أمل قوى في تحسن حالة المدين ، وكما إذا كان الأجل الممنوح يتيح للمدين فرصة تصفية أمواله في ظروف أفضل . (٤) يجب ألا يكون في الإبقاء على الأجل أو مده أو منحه تضحية بالدائن لحساب غيره من الدائنين فلا يسوغ ، مثلاً ، الإبقاء على آجال بعض الديون ، إذا كانت هناك ديون أخرى قد حلت آجالها أو سقطت ، ويوشك أصحابها أن ينفردوا بالتنفيذ على أموال المدين ، دون أصحاب الديون الأولى ؛ ففي مثل هذه الحالة يسوغ للقاضي أن يمد آجال كل الديون ، أو يتركها كلها حالة الأداء .

ويلاحظ ما في الرخصة الثابتة للقاضي في الإبقاء على آجال الديون المؤجلة أو مدها أو في منح آجال للديون الحالة ، يلاحظ ما في هذه الرخصة من فائدة كبرى للمدين . وهذه الفائدة قد تدفعه إلى طلب الحكم بإشهار إعسار نفسه . الأمر الذي أجاز له القانون ، كما بينا .

٢ - ^{مستأنف} عدم تفاد حقوق الاختصاص التي تقرر على عقارات المدين بعد تسجيل دعوى إعساره في مواجهة الدائنين ذوى الحقوق السابقة على هذا التسجيل : ^{مستأنف} إشهار إعسار المدين ، وإن كان لا يحول ، كأصل عام ، دون أن يتخذ الدائنون الإجراءات الفردية ضد مدينهم ، إلا أنه يترتب عليه حماية الدائنين السابقين عليه ، بعضهم من البعض الآخر ، عن طريق منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً لتقدم الآخرين على حساب الأولين . وفي ذلك تقضى المادة ٢٥٦ بأنه : ١ - لا يحول شهر الاعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين ٢ - على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون

لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل .

فالقانون يريد ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على الإعسار .
فحرم أن يحتج بعضهم على البعض الآخر بحقوق الاختصاص التي تقيد بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، حتى لو كانت قد أخذت قبل ذلك ؛
وهذا طالما بقيت حالة الإعسار قائمة .

ولكن ليس معنى ذلك أن حق الاختصاص الذي يقرر على عقارات المدين بعد تسجيل دعوى إعساره يكون مجرداً من كل فائدة في مواجهة ناهية ، يسرى في مواجهة الدائنين ذوي الحقوق الناشئة بعد تسجيل دعوى الإعسار .
وهو من ، ناهية أخرى ، يسرى حتى في مواجهة الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل تسجيل دعوى الإعسار ، ولكنهم فشلوا في إثبات هذا السبق قانوناً ، لنشوء حقوقهم من تصرف غير ثابت التاريخ . إذ العبرة هنا بالنسبة إلى الديون الناشئة عن تصرف قانوني ، بالتاريخ الثابت لهذا التصرف . ومن ناحية ثالثة ، يعود لحق الاختصاص كامل حجته ، حتى في مواجهة الدائنين ذوي الحقوق السابقة على تسجيل دعوى الإعسار ، إذا ما انتهت حالة الإعسار ، سواء بحكم القضاء أم بقوة القانون .

٣٢٠ - عديم نفاذ تصرفات المدين التالية لتسجيل دعوى إعساره في مواجهة دائنيه السابقين على هذا التسجيل . وهذه هي المزية الأساسية لشهر إعسار المدين . وقد تضمنتها المادة ٢٥٧ التي جاءت تقول : متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين ، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقوق أى وفاء يقوم به المدين .

ففي سجلات دعوى الإعسار ، يدرأ الدائنون السابقون على هذا التسجيل

عن أنفسهم ضرر التصرفات التي يجرها المدين ؛ إذ أن هذه التصرفات لا تسرى في حقهم ، إذا ما صدر الحكم بشهر الإعسار . وفي هذا حماية فعالة وقوية للدائنين ، دون أن تكلفهم عبء عسيراً في الإثبات . فما عليهم لذلك إلا أن يثبتوا أسبقية حقوقهم على تصرف المدين ، وأن هذا التصرف ضار بهم . فلا يلزمهم إثبات إعسار المدين ؛ لأنه حقيقة قانونية ثابتة بالحكم بشهر الإعسار . ولا يلزمون كذلك إثبات الغش لآعلى المدين ولا على المتصرف له منه ؛ إذ هذا الشرط لا يلزم هنا .

و يقتصر الأمر هنا على عدم سريان تصرفات المدين التالية لتسجيل دعوى إعساره في حق دائنيه ذوي الحقوق السابقة هذا التسجيل . فهذه التصرفات تبقى نافذة في العلاقة بين المدين والمتصرف له . بل إنها تعود لكامل حقيقتها ، حتى في مواجهة الدائنين ذوي الحقوق السابقة على تسجيل دعوى الإعسار . إذا انتهت حالة الإعسار بحكم القاضي أو بقوة القانون .

ويطبق حكم عدم نفاذ تصرفات المدين التالية لتسجيل دعوى إعساره على دائنيه السابقين على ذلك التاريخ بالنسبة إلى جميع تصرفات المدين ، بشرط واحد وهو أن تكون تلك التصرفات ضارة بهؤلاء الدائنين ، بمعنى أن تنقص من فرص استيفائهم حقوقهم . فلا أهمية لموضوع هذه التصرفات ؛ فسواء أكان من شأنها أن تنقص من حقوق المدين كالبيع والهبة ، أو كان من شأنها أن تزيد في التزاماته كالقرض والشراء ، أو كان من شأنها تفضيل أحد الدائنين كالرهن ، أو كانت وفاء لأحد الدائنين على حساب الآخرين .

و تمسحاً مع فكرة استلزام كون التصرف ضاراً بالدائنين حتى يتمتع سريانه في حق هؤلاء ، أجازت المادة ٢٥٨ للمدين ، حتى بعد تسجيل دعوى إعساره ، بل حتى بعد الحكم بشهر إعساره ، أن يتصرف في ماله تصرفاً نافذاً في مواجهة الدائنين ، حتى لو اعترض عليه هؤلاء ، بشرط إيداع ثمن المثل خزانة المحكمة . إذ أنه في هذه الحالة ، يتفق الضرر عن الدائنين ؛ فلا يكون

هناك مبرر لعدم سريان التصرف في حقهم . وفي ذلك ، تقضى المادة ٢٥٨ بأنه :
١ - يجوز للدين أن يتصرف في ماله ، ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . ٢ - فإذا كان الثمن الذي يبيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار في حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل .

وبلاحظ أن ظاهر النص يستلزم ، لتوقى عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائنين ، أن يكون هذا التصرف بيعاً . ولكننا نرى مع ذلك ، توجهاً لحكمة النص ، أن هذا الحكم يطبق بالنسبة لأي تصرف آخر ، مادام المتصرف له يودع خزانة المحكمة ثمن المثل . وهذا هو نفس ما وصلنا إليه بالنسبة إلى الدعوى البولصية^(١) .

وغنى عن البيان أن شهر الإعسار ، بالنسبة إلى ما يترتب عنه من عدم نفاذ تصرفات المدين التالية لتسجيل دعوى الإعسار في مواجهة دائنيه ، لا يعدو أن يكون تطبيقاً للدعوى البولصية ، بعد أن يصيب شروطها قسط وفير من التيسير . إذ أنه يسقط عن الدائنين عبء إثبات إعسار المدين ، وإثبات غشه وعلم المتصرف إليه بهذا الغش ، وهو عبء قلما يكون سهلاً يسيراً .

٤ - لم يكتف القانون ، في سبيل إضفاء حمايته على الدائنين بعد شهر إعسار مدينهم ، بالوسائل المدنية ، بل لجأ أيضاً إلى فرض العقوبة الجنائية على المدين ، إذا تعدد الإضرار بهم . وقد جاءت المادة ٢٦٠ تقرر تلك العقوبة في حالتين خاصتين ، وهي في ذلك تنص على أنه : « يعاقب المدين بعقوبة التمديد في الحالين الآتيتين : (١) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعدد الإعسار ، بقصد

(١) أنظر ما سبق ، بقية ٩١ .

الاضرار بدائنه ، و انتهت الدعوى بصور حكم عليه بالدين وشهر إيساره .
(ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إيساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبلغاً فيها ، وذلك كله يقصد الاضرار بدائنه .

٥ - والأثر الأخير الذى يترتب على الاعسار مقرر لصالح المدين نفسه إذ أنه يجوز للمدين ، إذا حجز دائنته على إرادته ، بعد الحكم بشهر إيساره أو أنشاء نظر الدعوى به ، أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر تلك الدعوى أن تقضى له بنفقة تقتطع من إراداته المحجوزة ، لا من رأس المال .
وتوفى ذلك تقضى المادة ٢٥٩ بأنه : « إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الاعسار أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إراداته المحجوزة . ويجوز التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة ، في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، إن كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم » .
و واضح مدى ما فى هذا الاجراء من الشفقة والبر بالمدين العاثر الحظ فلم يشأ القانون أن يترتب على الحجز على إرادته ، أن يحرم مما يلزم لسد ضروريات الحياة لنفسه ولمن يعمل .

هذه هي الآثار التي تترتب على شهر الاعسار أو الاعسار القانوني .
و واضح منها أن القانون استهدف بترتيبها حماية الدائنين من المدين وحمايتهم بعضهم من البعض الآخر ، وذلك كله دون أن يضحي بمصالح المدين المعقولة .
وهكذا ينشأ نظام الاعسار من الحماية ما يظل الجميع .

١١٨ - اشتراء الاعسار

لأن يجعل القانون من الاعسار حالة دائمة ، وإنما مؤقتة . بل إنه أمعن توقيفها ، جاعلاً لها أمداً أقصى لا تتجاوزه ، وهو خمس سنوات ، يبدأ

من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار، إن لم تكن قد انتهت من قبل .
والسبب في توقيت حالة الإعسار على هذا النحو هو ما ترتبه تلك الحالة
من ضيق للمدين، تتمثل على الأخص في غل يده عن التصرف في ماله، ثم
ما تلحقه تلك الحالة من وصمة ارتباك حاله، تلك الوصمة التي يحسن أن
تترك له الفرصة في أن يتحرر من أثرها، وتنتهى حالة الإعسار بطريقتين،
أحدهما قضائي والثاني قانوني . وتتناول كلا من هذين الطريقتين
على التوالي .

١١٩ - انتهاء الإعسار قضاءً : انتهاء الإعسار قضاءً، حسب المادة ١٢٠ من قانون
المعسرين، هو عندما يصدر من القضاء، إذا زال السبب الذي أدى إليها،
وهو عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه . ويحصل ذلك في الحالتين الآتيتين :

١ - إذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بديونه ؛ وبعبارة أخرى،
إذا أصبحت ديون المدين غير زائدة على أمواله . ويدخل هنا
في الاعتبار كل ديون المدين، ما حل منها من غير أن يكون لشهر الإعسار
سبب في حلوله، وما حل منها بسبب سقوط الأجل نتيجة الإعسار، وما ظل
غير حال الأداء بسبب إبقاء القضاء على أجله أو مده أو تأجيل وفائه بعد
حلوله . ولا أهمية هنا للسبب الذي يؤدي إلى يسر المدين واقتداره، فسواء
أن يرجع إلى زيادة أموال المدين، نتيجة هبة أو ميراث، مثلاً، أو أن يرجع
إلى نقص ديونه بسبب إرثائه من بعضها أو سقوط هذا البعض بالتقادم،
مثلاً، أو أن يرجع إلى أى سبب آخر .

ب - إذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت من غير أن يكون الإعسار
سبب في حلولها . فالإعسار القانوني، كما ينص فيها سبق^(١)، لا يتقرر إلا إذا كانت
أموال المدين غير كافية لسداد ديونه التي حلت من الأصل . فإذا ما اشهر

(١) أنظر ما سبق، بنية ١١٥ .

الاعسار ، حلت الديون المؤجلة ، ما لم يحكم القضاء بغيره . ونتيجة لذلك رأينا في الحالة السابقة ، أن الاعسار لا ينتهي إلا إذا زادت أموال المدين عن كافة ديونه . ولكن إذا جاء المدين ودفع ديونه التي حلت من غير أن يكون للاعسار سبب في حلها ، سواء أكان أجلها الأصلي قد انقضى قبل شهر الاعسار أم بعده ، كان ذلك منه دليلا على حرصه على الوفاء بديونه ، وكافاه القانون بتحويله الفرصة في إنهاء إعساره ، والعودة بأجل ديونه التي سقطت بشهر الاعسار إلى ما كانت عليه قبل هذا السقوط .

هاتان هما الحالتان اللتان ينتهي فيها الاعسار قضاء . ويلزم هنا ، لتقرير هذا الانتهاء ، أن يصدر به حكمه في دعوى ترفع به إلى المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها موطن المدين حيث^(١) ، من كل ذي شأن ، سواء أكان المدين أم أحد دائنيه أم المتصرف إليهم منه .

١ . ويكفل القانون حكم إنهاء الاعسار بنفس العلانية التي يقرها للحكم بشهره . فهو يلزم كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم بأن يؤشر به من تلقاء نفسه على هامش تسجيل دعوى الاعسار ، وبأن يرسل صورة الحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر ، ليتولى بدوره التأشير به في سجله على هامش تسجيل دعوى الاعسار .

هذه هي أحكام إنهاء حالة الاعسار قضاء . وقد ركزها المشرع في المادة ٢٦١ ، التي قضى بأنه : (أ) - تنتهي حالة الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن (المدين) ، بناء على طلب ذي شأن في الحالتين الآتيتين : (١) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله . (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر في حلها .

(١) وليس من الضروري أن تكون المحكمة التي تقضى بانتهاء الإعسار هي تلك التي حكمت من قبل بشهره . فقد ينتقم موطن المدين في الفترة ما بين الإجراءين .

وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بشهر الاعسار إلى ما كانت عليه من قبل وقتها للبلاد ٢٦٣ .

٢ - ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك .

١٢٠ - انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون .

لم يكتف القانون بإنهاء الاعسار بحكم يصدر من القضاء، إذا مازال السبب الذي دعا إليه ، بل هو قرر انتهاءه خطاً وبقوة القانون ، إذا انقضت خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهره على هامش صحيفة دعوى الاعسار ، وذلك حتى لو كان السبب الذي انقضى شهر الاعسار ، وهو زيادة ديون المدين على أمواله، لازال باقياً لم ينقض . وفي ذلك تنص المادة ٢٦٢ على أنه : « تنتهى حالة الاعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار » .

وقد حدد القانون فترة الخمس السنوات السابقة ، اعتباراً منه بأن هذه المدة كافية لأجراء تصفية أموال المدين .

١٢١ - النتائج المترتبة على انتهاء الاعسار

إذا انتهى الاعسار القانوني ، سواء أكان انتهاءه بحكم قضائي أم بقوة القانون ، زالت كل الآثار التي تترتب عليه ، كقاعدة عامة . فرفع عن المدين الحظر الذي كان يرد على التصرف في أمواله ، وتصبح تلك التصرفات نافذة في مواجهة دائنيه ، حتى السابقين منهم على تسجيل دعوى الاعسار ، وذلك في حدود القواعد القانونية العامة ، بطبيعة الحال . وكذلك ثبتت لحقوق

الاختصاص التي تقررت أو تقرر على أموال المدين حجيتها الكاملة، حتى بالنسبة إلى الدائنين السابقين على تسجيل دعوى الاعسار. ولا تكون ثمة جريمة جنائية إذا لجأ المدين بعد انتهاء إعساره القانوني إلى إخفاء أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديوناً صورية بقصد الإضرار بدائنيه.

وإذا كانت القاعدة العامة هي أنه يترتب على انتهاء الاعسار القانوني زوال كل آثاره، فإنه يرد على هذه القاعدة استثناء هام، بالنسبة إلى آجال الديون التي سقطت بشهر الاعسار. فهذه الآجال لا تعود إلى ما كانت عليه قبل سقوطها بقوة القانون. وإنما يلزم لعودتها أن يطلب المدين ذلك، وبشرط أن يكون قد قام بسداد جميع ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر إعساره أثر في حلولها، وقد تضمنت المادة ٢٦٣ هذا الحكم بقولها إنه: «يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الاعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الاعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر في حلولها».

ويلاحظ، في النهاية، أن انتهاء حالة الاعسار القانوني يحكم قضائياً أو بقوة القانون لا يفيد بالضرورة أن حالة اليسر والاقتدار قد عادت للمدين فقد تظل أملاك المدين من تبك وتبقى ديونه زائدة على أمواله، رغم زوال تلك الحالة.

وفي هذا القرض، ينقلب الاعسار من قانوني إلى واقعي، وتكف آثار الأول عن السريان، لتطبق آثار الثاني. ولما كان يكفي لمباشرة الدعوى اليوئصة والدعوى غير المباشرة أن يكون المدين معسراً إعساراً واقعياً، دون ما ضرورة لشهر إعساره قانوناً، فإن انتهاء الاعسار القانوني لا يمنع الدائنين من استعمال هذين الدعويين. وقد حرص المشرع على أن يبرز تلك الحقيقة في المادة ٢٦٤، دفماً لكل شبهة. وقد جاءت هذه المادة تقضي بأنه: «انتهاء حالة الاعسار يحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين، ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقاً للدواء

من ٢٣٥ إلى ٢٤٣ (وهي المواد التي تتضمن أحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية) .

٥ - الحق في الحبس .

١٢٢ - الوسيلة الخامسة والأخيرة التي قررها القانون في باب الالتزامات ككفالة تنفيذ الالتزام هي الحق في الحبس . وقد تضمن أحكامه في المواد من ٢٤٦ إلى ٢٤٨ منه .

ونتناول أحكام الحق في الحبس ، بادئين بتعريفه وبتحديد مبناه وطبيعته وخصائصه ؛ ثم نبين الحالات التي يثبت فيها هذا الحق للدائن ؛ وبعد ذلك نحدد الشروط الواجب توافرها لثبوت هذا الحق ؛ ثم نتطرق إلى بيان آثاره ؛ ونختتم بالكلام في انقضائه .

١٢٣ - تعريف الحق في الحبس

الحق في الحبس *droit à rétention* هو الحق الذي يثبت للدائن الذي يكون ملتزماً بتسليم شيء معين لمدينه ، في أن يتمتع عن تسليم هذا الشيء حتى يستوفي حقه قبل هذا المدين ، طالما أن التزامه بتسليم الشيء مترتب عليه بسبب الحق الذي يطلب الوفاء به ومرتبطة به (المادة ١/٢٤٦) .

فالحق في الحبس يتضمن أن يكون شخص دائئاً ومدينأً في نفس الوقت ؛ أي هو مدين بتسليم شيء وهو دائئ لمن يحق له تسليم هذا الشيء ؛ فيكون له الحق في أن يحتفظ بالشيء ويمتنع عن تسليمه ، أي يكون له الحق في حبسه ، حتى يفي المدين بالتزامه . فالبائع ، مثلاً ، ملتزم بتسليم المبيع المشتري ، وهو في نفس الوقت دائئ لهذا المشتري بالثمن ؛ فهو دائئ ومدين ، وكل من الالتزامين ناشئ بسبب الآخر ومرتبطة به ؛ ومن ثم يحق للبائع أن يتمتع عن تسليم المبيع ، أي يحبسه ، حتى يفي المشتري بالثمن .

ويباشر الدائن في أغلب الحالات^(١) حقه في الحبس في صورة الدفع .
فهذا الحق يمنح الدائن دفعا يعتصم به حتى يفي مدينه بما هو ملتزم بأدائه له .
وبذلك يكون الحق في الحبس وسيلة فعالة من وسائل الضمان . فالمشتري ،
مثلا ، يطالب البائع بتسليم المبيع ، فيدفع البائع تلك المطالبة بوجوب وفاء
المشتري بالثمن ، فالبايع يحبس المبيع حتى يفي المشتري بالثمن .

ويقترّب الحق في الحبس من المقاصة لأنّ هو لا يعدو أن يكون توسعا
في فكره المقاصة^(٢) . والفرق بين النظامين هو أن المقاصة وسيلة لا تقضاء
الالتزام ، أما الحق في الحبس فهو وسيلة لضمان الوفاء به ، وهذا مادعا
البعض إلى القول بأن المقاصة ماهي إلا حق في الحبس أكثر قوة^(٣) .

١٢٤ - مبنى الحق في الحبس

مبنى الحق في الحبس هو اعتبارات العدالة وحسن النية التي يجب
أن تسود المعاملات . فليس من العدل في شيء أن يلزم شخص آخر بأن
يؤدي له حقه ، دون أن يفي هو بما عليه . وهذا هو نفس مبنى الدفع بعدم
التنفيذ في العقود الملزمة للجائين (المادة ١٦١) .

١٢٥ - طبيعة الحق في الحبس

تضمنت الخلافات التي أصبحت في حكم التقليدية في القانون الفرنسي ذلك
الذي ثار بشأن طبيعة الحق في الحبس . ويرجع ذلك الخلاف إلى أن القانون
الفرنسي لم يتعرض لتحديد تلك الطبيعة . بل إنه لم يعالج أحكام الحق .

(١) تقول في أغلب الحالات ، لأن الدائن أن يباشر حقه في الحبس في صورة الدعوى ،
كما إذا خرج الشيء المحبوس من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، إذ يجوز له هنا أن يرفع
دعوى باسترداده (المادة ٢/٢٤٨) .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع التقيح ، فيها ورد فيها بشأن المادة ٣٣١ منه .

(٣) راجع : Josseland. loc. cit. No. 1466

في الحبس داخل نطاق نظرية عامة ، مكفياً منح الدائن هذا الحق بمقتضى
نصوص متفرقة في حالات متعددة . وقد رأى البعض في فرنسا أن الحبس
حق عيني^(١) ، بينما رأى البعض الآخر أنه حق شخصي^(٢) .

٤٩ وفصل قانوننا الملغى في هذا الخلاف ، معتبراً حق الحبس حقاً عينياً ،
إذ ذكرته المادة ١٩/٥ منه ضمن الحقوق التي تقترب على الأموال^(٣) .

وجاء قانوننا المدني الجديد ، دون أن يفصل في طبيعة الحق في الحبس . به
وكان طبعياً ، والحال هذه ، أن يثور الجدل حول هذا الأمر ، تحت ظله .

والواقع أن الفصل في أمر طبيعة الحق في الحبس شيء بالغ الدقة
والصعوبة ، نظر التميز واختلافه عن نوعي الحقوق المالية التقليديين ؛ وهما
الحق العيني والحق الشخصي .

فصعب اعتبار الحق في الحبس حقاً عينياً ذلك لأن من مميزات الحق
العيني الأساسية انطوائه على حق التمتع وحق التقدم أو الأولوية . وهاتان في
المرتين لا تثبتان الحق في الحبس . وقد أقر بذلك أنصار عينته أنفسهم ،
الأمر الذي دعاهم إلى القول بأنه حق عيني من نوع خاص . ومن ناحية
أخرى ، قد برز الحق في الحبس على شيء مملوك للحابس نفسه ، كما هو الشأن
بالنسبة إلى حق المشتري في حبس الثمن ، إذا تعرض له أحد في المبيع أو خيف

(١) راجع :

Guillouard, Traité du nantissement et du droit de rétention, no.
 19 et 23 — Beudant, Les sûretés personnelles et réelles, no. 251

(٢) قارن :

Josserand, loc. cit. t. II. no. 1741 — Planitol et Rispert. loc cit.
 no. 2536.

(٣) أنظر كذلك المادتين ١٤٦/٩٢ و ٢٥٣/١٨٩٠ قديم ، ونظم منها الصفة العينية
 لحق الحبس .

على المسع أن ينزع من يده أو كشف عياً فيه (المادة ٤٥٧) . ولا يتفق مع القواعد القانونية أن يكون للشخص حق عني على مال نفسه . وكذلك يصعب اعتبار الحق في الحبس حقاً شخصياً^(١) . إذ أن الحق الشخصي هو سلطة تثبت للدائن قبل المدن ، ومقتضاها يكون للأول أن يلزم الثاني بأن يقوم لصالحه بعمل معين أو أن تمتنع عن عمل معين . وفي الحق في الحبس بمجرد ، لا توجد سلطة من هذا النوع .

وأمام هذه الصعوبة في تكيف الحق في الحبس ، سار أكثر فقهاءنا المصريين على نفي صفة الحق أصلاً عنه ، فأنعوا بالقول بأنه مجرد دفع^(٢) ، أو هو وسيلة من وسائل الضمان^(٣) .

فحق وهذا القول لا يحسم الجدل في شيء . فهو ابتعاد عن مجاهدة الصعوبة وليس تحالفاً لها . فاعتبار الحق في الحبس إحدى وسائل الضمان ، كما جاء في مجموعتنا المدنية ، لا يعني بالضرورة أن صفة الحق متفية عنه . إذ أن وسائل الضمان في أغلبها حقوق ، سواء أكانت حقوقاً شخصية كالكفالة ، أو عينية كالهن بقوعه وحق الاختصاص وحقوق الامتياز . وكذلك لا يعني شيئاً القول بأن الحق في الحبس هو مجرد دفع . فالدفع ، كالدعوى تماماً ، وسيلة من وسائل حماية الحق . فإن كان الحق في الحبس مباشر في غالب الحالات العملية في صورة الدفع ، فإن هذا لا يعني أنه ليس حقاً . وفضلاً عن هذا ، فقد يباشر الحق في الحبس في صورة الدعوى ، كما نص القانون على ذلك بنفسه في المادة ٢٤٨/٢ منه ؛ ويتحصل ذلك في الحالة التي يخرج فيها الشيء المحبوس من يد الحابس خاصة

(١) وقد كان من رأينا ، عند وضع مؤلفنا « التأمينات الشخصية والعينية » ، أن الحق في الحبس هو حق شخصي . وقد كانت غايقتنا من ذلك هي أن نمد عنه صفة الحق العيني (راجع هذا المؤلف ، بنحة ١٦٢) . ولكن التمسق في البحث جعلنا نعدل عن رأينا هذا إلى الرأي الذي أظهرناه في المتن .

(٢) أنظر أساتذتنا السهوري ، الوسيط ج ٢ بنحة ٦٣٩ - اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام بنحة ١٤٨ . وأنظر أيضاً للذكورة الإيضاحية للمفروغ التمييزي ص ٦٤٨ و ٦٥١ .

(٣) أنظر سليمان مرقس ، التأمينات بنحة ٤٢٦ ، وأحكام الالتزام ، بنحة ٢٣٥ .

أو بالرغم من معارضته ؛ إذ يجوز للحابس هنا أن يرفع دعوى باسترداد الشيء ، خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه ^(١) .

والرأي عندنا أن الحق في الحبس حق من طبيعة خاصة ، فلا هو بالحق را العيني ولا هو بالحق الشخصي ، وإن كان هو إلى الأول أقرب . وليس به عجيب في عالم القانون ، أن يتدع المشرع حقاً من طبيعة خاصة . فهناك حق بالغ في أهميته من هذا النوع ؛ وهو الحق المعنوي أو الذهني ، أي ذلك الذي يرد على تساج الخاطر والقرينة ، كحق المؤلف على فكرته والمخترع على اختراعه ، والموسيق على لحنه .

وعلى أنه حال ، فكل ما همنا فيما سبق هو أن الحق في الحبس لا يعتبر ، في ظل قانوننا الحالي ، حقاً عينياً . وهذا أمر مسلم من الفقهاء المصريين ، أجمعين . وبعد ذلك ، يصبح الجدل محض نظري . إذ لو كان الحق في الحبس حقاً عينياً ، لوجب قصره على الحالات التي ينص فيها القانون على وجوده . إذ أن ترتيب الحقوق العينية يتعلق بالنظام العام ؛ فلا يثبت أحدها على الأشياء إلا إذا نص القانون على ذلك . أما وقد ابتعدت صفة العينة عن الحق في الحبس ، أمكن أن يقوم في كل حالة تتوافر فيها شروطه ، حتى لو لم يكن متصوفاً على تلك الحالة صراحة في القانون . وهكذا يخرج الحق في الحبس ، في ظل قانوننا الحالي عن نطاق التطبيقات الخاصة التي وردت في قانوننا الملغى على سبيل التحديد والحصر ، إلى جنز الأنظمة والمبادئ العامة ، التي تجد لنفسها التطبيق في أحوال لا تنتهي ^(٢) .

ثم إن عدم اعتبار الحق في الحبس حقاً عينياً له أهمية أخرى . إذ هو بهذه المثابة أصبح غير خاضع للشهر إذا تعلق بمقار .

(١) أنظر ما سبق ، نبتة ١٣٥ .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للمروع التميدى ، ص ٦٤٨ .

١٢٦ - مميزات الحق في الحبس

يتميز الحق في الحبس بالخصائص الآتية :

١ - هو حق من حقوق الضمان ؛ أو هو ، كما نعتة المشرع ، إحدى وسائل الضمان .

٢ - يترتب على كون الحق في الحبس حقاً من حقوق الضمان اعتباره حقاً تابعاً ، فهو لا يمكن أن يوجد مستقلاً ؛ بل يجب أن يستند إلى الالتزام الذي يوفر ضمان الوفاء به . وهو يتبع هذا الالتزام في وجوده وفي صحته وفي انقضائه .

٣ - الحق في الحبس لا يقبل التجزئة ، شأنه في ذلك شأن كل حقوق الضمان ؛ فهو يمنح الدائن الحق في أن يتمتع عن تسليم الشيء كله ، حتى يستوفي جميع دينه .

٤ - الحق في الحبس يتعلق بالمنقول والعقار على السواء . وهو لا يخضع لنظام الشهر العقاري إذا تعلق بعقار ، لأنه ليس حقاً عينياً ، كما بينا .

١٢٧ - مآلات الحق في الحبس

تنص المادة ٢٤٦ على أنه : ١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام الدين ومربط به ، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه ، إذا هو أتفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

فالقانون الحالي استعاض عن بيان قانوننا الملغى لأحوال الحبس على سبيل الحصر (راجع المادة ٦٠٥/٧٣١ قديم) ، بإيراد قاعدة عامة في المادة ١/٢٤٦ منه . ومقتضى هذه القاعدة ، ثبوت الحق في الحبس لكل شخص يكون دائماً قبل الشخص الذي هو ملتزم في مواجهته بتسليم الشيء ، طالما كان الزام هذا الأخير مرتبطاً عليه بسبب الزام الحابس بالتسليم ومرتباً به . ويعطى القانون نفسه مثالا لحالات الحق في الحبس في المادة ٢/٢٤٦ منه ، بمنحه هذا الحق لحائز الشيء أو محرزه الذي يحق له دين قبل من يطلب رده في مقابل المصروفات الضرورية أو النافعة التي أنفقها على الشيء . فالحائز الشيء الذي ينفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، يصبح دائماً مالكا هذا الشيء في نظير إتيافه تلك المصروفات ؛ فالحائز مدين بتسليم الشيء إلى مالكة ، وهو في نفس الوقت دائن لهذا المالك في مقابل المصروفات ؛ وتوجد علاقة سببية وارتباط بين الالتزامين ؛ ومن ثم يحق للحائز أن يحبس الشيء ، حتى يعرض المالك الوفاء بالزامه ، أو يقدم تأمينا كافيا لضمان الوفاء به .

يظهر مما سبق أن الحق في الحبس يثبت في حالات لا تنهاه ولا تقع تحت حصر . ولا يلزم ثبوت هذا الحق إلا توافر الشروط التي سنذكرها . ولا يهم بعد ذلك إذا كنا في حيز الروابط التعاقدية أم في خارجها . وإذا وجدنا في نطاق العقود الملزمة للجانبين ، وترتب على العقد التزام أحد المتعاقدين بتسليم شيء ، كما هو حال البائع الذي يلتزم بتسليم المبيع ، اختلط الحق في الحبس مع الدفع بعدم التنفيذ *exceptio non adimpleti contractus* ، ويكون الدفع بعدم التنفيذ هنا مجرد تطبيق للحق في الحبس^(١) .

(١) يظهر أن واضع المذكرة الإيضاحية لمفروع التنفيذ يرى أن الدفع بعدم التنفيذ هو مجرد تطبيق للحق في الحبس (راجع المذكرة الإيضاحية ، ج ٢ ص ١٥٩) . والواقع أن الأمر لا يكون كذلك إلا إذا كان الالتزام المدفوع بعدم تنفيذه هو التزام بتسليم شيء . أما إذا كان موضوع هذا الالتزام غير ذلك ، كالالتزام بالامتناع عن عمل ، أو الالتزام بأداء عمل غير التسليم ، كالالتزام بإتمام بالتصديق على عقد البيع العرفي لإمكان تسجيله أو الالتزام بإنشاء

وقد ورد في المجموعة المدنية، فضلاً عن حق منفق المصروفات الضرورية أو النافعة في حبس الشيء، بعض أمثلة للحق في الحبس، نذكر منها ما يأتي :

١ - حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له حالاً من الثمن (المادة ٤٥٩ ، والمادتان ٢٧٩ / ٣٠٠ و ٢٨١ / ٣٥٣ قديم) .

٢ - حق المشتري في حبس الثمن حتى يتسلم المبيع ، أو إذا تعرض له أحد مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، أو إذا كشف المشتري عيباً في المبيع (المادة ٤٥٧ ، والمادة ٤١١ / ٣٣١ و ٤١٢ قديم) .

٣ - حق المستأجر في حبس العين المؤجرة في حالة انتهاء الإيجار بسبب عدم نفاذه في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين ، وذلك حتى يستوفي التعويض الذي يحق له (المادة ٦٠٥ / ٢ ، والمادة ٤٧٦ / ٣٩٠ و ٤٧٧ قديم) .

وهذه هي مجرد أمثلة لحالات الحق في الحبس . وقد تعمد المشرع في القانون الحالي إهمال نصوص كثيرة من القانون الملغى كانت تمنح الحق في الحبس ، لكونها مجرد تطبيق للبيد العام الذي ضمنه المادة ١ / ٢٤٦ .

ويمكن أن نصف إلى الأمثلة التي أوزدها القانون لحالات الحبس الأمثلة الآتية :

١ - حق المستعير والمودع لديه في حبس الشيء المعار أو المودع حتى يستوفى التعويض الذي يحق لها من جراء ما أحدثه إضرار الشيء كلما من ضرر . ٢ - حق الوكيل في حبس الشيء المسلم له بمقتضى الوكالة حتى يستوفي

== محاضرة ، فلا يتصور أن يكون الدفع بعدم التنفيذ تعويضاً للحق في الحبس ، الذي يستلزم بطبيعته وجود شيء في يد الحابس . فمن ناحية ، الحق في الحبس أهم من الدفع بعدم التنفيذ ، من حيث أنه يثبت في العقود للجانين وفي غيرها ؟ ومن ناحية أخرى ، الدفع بعدم التنفيذ أهم من الحق في الحبس ، لذا إنه يرد على الالتزام بالتسليم كما يرد على غيره .

ما يحق له في نظير قيامه بالوكالة . ٣ - حق المتعاقد ، إذا انحل العقد بسبب
البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، في أن يحبس ما أخذه حتى يرد له المتعاقد
الأخر ما تسلمه منه ^(١) . ٤ - حق حائز المنقول المسروق أو الضائع ،
الذى يشتريه في السوق أو المزاد أو بمن يتجر في مثله في حبسه حتى يستوفي
الثمن الذى دفعه .

١٢٨ - شروط الحبس في الحبس

يجب ، لكي يثبت للدائن الحق في الحبس ، توافر الشروط الآتية :

١ - أن توجد بصد شيء مما يجوز حبسه والأصل أن جميع الأشياء
القابلة للتعامل بحسبها ، دون تفرقة بين المنقول منها والعقار . ونرى
استثناء الأموال العامة من ذلك ، لما في حبسها من تعطيل للنفقة العامة التى
تخصص تلك الأموال لها . ونرى كذلك استثناء الأموال غير القابلة للحجز
عليها بمقتضى الدين الذى يرد الدائن الحبس من أجل استيفائه ، لأن الحبس يتمثل
في العمل في صورة حجز يوقعه الدائن تحت يد نفسه ^(٢) ، ولما في الحبس من
تقويت للغرض الذى قصد المشرع تحقيقه بقرار عدم قابلية الشيء للحجز
عليه ، فإذا حرم القانون ، مثلا ، الحجز على الجيوب والدقيق اللازمين لقوت
المدين وعائلته لمدة شهر ، إلا ثمنها أو لمصاريف صياتها أو لنفقة مقررة (المادة
٤٩٠ من مشروع قانون المرافعات) ، فإنه لا يجوز حبسها إلا من أجل تلك
الديون ، وإلا وقفنا في الحرج الذى أراد المشرع أن يتلافاه ، وهو حرمان
المدين مما يقتات به ، فيجوع هو وعياله .

ولا يهم أن يكون الشيء المحبوس مملوكا لنفس الحابس أو لمدينه أو لغيره .

٢ - أن يكون الشيء تحت يد الحابس فالحق في الحبس يتضمن بطبيعته

(١) راجع المادة ٢٢٤ من مشروع التقيح .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع التقيح فيما ورد فيه بشأن المادة ٢٣١ منه .

أن يكون الشيء تحت سلطة الحابس حتى يستطيع أن يتمتع عن تسليمه . بيد أنه لا يلزم أن يكون الحابس حائزاً للشيء ، بما تتطلبه الحيازة من نية الظهور بمظهر المالك للشيء *animus domini* بل يكفي فيه أن يكون مجرد محرز للشيء *détenteur* . وهذا ما دعا المشرع إلى القول ، في المادة ٢/٢٤٦ ، بأن الحق في الحبس يثبت لحائز الشيء أو محززه ، إذا أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة .

وليس من اللازم أن يحوز الحابس الشيء بنفسه ، بل يصح أن يحوزه عنه شخص من الغير يسمى عدلاً ، ويلزم هنا الاتفاق بين الحابس وبين مالك الشيء المحبوس على حيازة العدل نيابة عن الحابس .

ويجب أن يكون الشيء قد وصل إلى يد الحابس بطريق مشروع ؛ أو كما تقول المادة ٢/٢٤٦ ، يجب ألا يكون التزام الحابس بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع . فإذا سرق شخص شيئاً أو اغتصبه ثم أنفق عليه مصروفات ، ما حق له أن يجبسه .

بعد في وقد اختلف في القانون الفرنسي ، وتحت ظل قانوننا الملغى ، فيما إذا كان حق الحبس يثبت للباقي في ملك الغير بسوء نية أم لا ؛ فمنحه البعض هذا الحق ، وحرمه منه البعض الآخر . والظاهر أن قانوننا الحالي لا يهتم بنية منفق المصروفات وقت إنفاقها ، ويهتم فقط بطبيعة التزام الحائز برد العين . فإن كان هذا الالتزام ناتجاً عن عمل غير مشروع ، بأن كان الحائز قد أخذ العين عنوة وغصباً ، ما كان له أن يعتصم وراء الحق في الحبس . ويشترط ، لكي يحرم الحائز هنا من الحق في الحبس ، أن يطلب منه صاحب الحيازة المعتصبة استردادها في خلال سنة من انتقال هذه الحيازة إلى المعتصب ، وإلا أصبح للمعتصب الحق في الحيازة ، وكان له أن يدفع التعرض عنها ولو وقع من نفس المالك (راجع المادة ٩٦١) ؛ إذ يكون من العسير هنا القول بأن التزام الحائز بالرد ناتج عن عمل غير مشروع . يظهر من ذلك أن للباقي

في ملك الغير ، في غير الحالة السابقة ، الحق في حبس الشيء حتى يستوفي ما يحق له وفقاً للقانون (راجع في تحديد حقوق الباني في ملك الغير بسوء نية المادة ٩٢٤ ؛ وفي حقوق الباني بحسن نية ، المادة ٩٢٥) ، في مقابل المصروفات الضرورية أو النافعة التي ينفقها على الشيء ، دون اعتبار لما إذا حصل هذا الاتفاق بحسن أو بسوء نية .

٣ - يجب أن يستند الحق في الحبس إلى التزام صحيح وحال ؛ فالحبس من حقوق الضمان ، كما بينا . فيلزم أن يرتكز على التزام صحيح حتى يوفر ضمان الوفاء به . فإذا لم يوجد هذا الالتزام أصلاً ، أو وجد ولكنه أبطل ، أو وجد صحيحاً ثم انقضى ، ما كان هناك محل للحق في الحبس .

ويجب أن يكون الالتزام المترتب لصالح الحائس ، والذي يكون الحق في الحبس ضامناً للوفاء به ، حالاً ، أي مستحق الأداء فوراً . ولم يذكر القانون هذا الشرط عند تحديده للقواعد العامة للحق في الحبس . ومع ذلك لا يمكن أن يكون هناك محل للشك في وجوب توافره . إذ تقضي المادة ١٦١ بأنه لا يصح الدفع بعدم التنفيذ إلا إذا كانت الالتزامات المتعاقبة مستحقة الوفاء ، والدفع بعدم التنفيذ ، في بعض حالاته ، ما هو إلا مجرد تطبيق للحق في الحبس ، كما بينا . وفصلاً عن ذلك فالمادة ٥٩ ، التي تمنح البائع الحق في حبس المبيع ، قاطعة في وجوب أن يكون التزام المشتري بدفع الثمن حالاً ،

فهذه المادة تقول بأنه : « ١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً جديداً » . وزيادة على ذلك كله ، فاشتراط كون الالتزام المضمون بالحق في الحبس حالاً تستلزمه طبيعة هذا الحق ذاتها ؛ فهذا الحق طريق غير مباشر لإلزام المدين بالوفاء ، ولا يصح إلزام المدين بالوفاء قبل حلول أجل الدين . يظهر مما سبق أنه لا يحق للشخص أن يحبس شيئاً حتى يفي له طالب الرد بما هو ملتزم به قبله ، إلا إذا كان هذا الالتزام الأخير

مستحق الأداء في الحال . ولا يهم ، بطبيعة الحال ، أن يكون سبب الاستحقاق هو انقضاء الوقت المحدد للوفاء ، أو سقوط الأجل وفقاً لأحكام المادة ٢٧٣^(١) .

٤ - ويجب ، في النهاية ، أن توجد هناك علاقة ارتباط وسببية بين *debitum cum re junctum* بين التزام الحائض بتسليم الشيء المحبوس وبين الالتزام المترتب لصالحه في ذمة مدينه الذي يطالبه بهذا التسليم . فالحق في الحبس لا يثبت للشخص في جميع الأحوال التي يكون فيها دائئاً لمن يحق له تسلم الشيء ؛ بل يجب أن يكون حقه مترتباً في ذمة طالب التسليم بسبب التزامه هو بذلك التسليم ، ومرتباً به^(٢) . فليس للبائع ، مثلاً ، أن يحبس المبيع ضماناً لوفاء المشتري بالتزام مترتب عليه بمقتضى قرض ، لانتفاء علاقة الارتباط والسببية بين التزام البائع بالتسليم ، والزام المشتري بدفع المبلغ المقرض .

١٢٩ - في مواجهة من يسرى الحق في المبيع ؟

واضح أن الحق في الحبس يسرى في مواجهة المدين . ولا شك أنه يسرى أيضاً في مواجهة دائئ هذا المدين العاديين ، سواء كانت ديونهم سابقة أم لاحقة للنشوء . إذ ليس للدائنين العاديين من الحقوق أكثر مما لمدينهم ؛ وفضلاً عن ذلك ، فإن القول بعدم سريان الحق في الحبس على دائئ المدين العاديين

(١) يطبق المشرع هنا الحكم بالنسبة لحق البائع في حبس المبيع في المادة ٢٧٤/٥٩ .

(٢) يلاحظ أن القانون التجاري الألماني لا يلتزم ، ثبوت الحق في الحبس للدائن ، توافر علاقة الارتباط والسببية بين التزامه بالتسليم وبين دين المدين ؛ فهو يكفي أن يكون الشيء المحبوس مملوكاً للمدين ، وبأن يكون الالتزام المضمون بالحبس ناتجاً من العلاقات التجارية (راجع المادة ٣٦٩ تجاري ألماني) . ولكن القانون المدني الألماني (المادة ٢٧٣) يلتزم توافر علاقة الارتباط والسببية هذه في العلاقات المدنية ؟ والقانون المدني السويسري يتضمن نفس الحكم (المادة ٨٥٩) .

يترتب عليه الانتقاص من قيمة الضمان الذي يحوله هذا الحق إلى حد كبير ،
إذ لا يبقى للحائس ، كوسيلة لضمان حقه ، إلا حاجة المدين إلى تسلم الشيء ،
تلك الحاجة التي قد تدفعه إلى المبادرة بالرفاء بالتزامه .

بل إن من الثابت كذلك أن حق الدائن في الحبس يسرى في مواجهة من
يكتسب حقاً على الشيء المحبوس ، سواء كان ذلك الحق هو حق ملكية أم حق
عيني آخر . فللدائن أن يمتنع عن رد الشيء في مواجهة مشتريه وفي مواجهة
مرتته ومن يثبت له حق امتياز عليه . ولا أدل على ذلك من أن المادة ٦٠٥
تمنح المستأجر الحق في حبس العين المؤجرة ، حتى في مواجهة من تنتقل إليه
ملكيتها ، إلى أن يستوفى التعويض المقرر له .

ولكن هل يحق للدائن أن يتمسك بالحق في الحبس في مواجهة جميع
من يكتسبون على الشيء حقاً عينياً وبعبارة أخرى ، هل يسرى الحق
في الحبس في مواجهة جميع من تترتب لهم حقوق على الشيء المحبوس ، دون
اعتبار لتاريخ كسب حقوقهم ، أي سواء كانت تلك الحقوق ناشئة بعد ثبوت
الحق في الحبس أم قبل ذلك ؟

لا يمكن أن يقوم هناك خلاف حول سريان الحق في الحبس في مواجهة
جميع من يكتسبون على الشيء حقاً عينياً في تاريخ لاحق لثبوته . فللبائع ،
مثلاً ، أن يحبس المبيع في مواجهة كل من تترتب له حقوق عليه بعد البيع ؛
فله أن يحبس في مواجهة المشتري من المشتري وفي مواجهة المرتته منه .
والدائن بالمبالغ المستحقة في نظير قيامه بالمصروفات الضرورية أو النافعة
الحق في أن يحبس الشيء في مواجهة كل من يترتب له حق عليه بعد إفتاق
تلك المصروفات

ولكن هل يسرى الحق في الحبس في مواجهة من يترتب له حق على
الشيء قبل نشوئه ؟ هل يجوز ، مثلاً ، لمن أفتق على الشيء مصروفات ضرورية
(١٥٠ م - أحكام الاتزام) ؟

أو نافعة ، أن يجبره في مواجهة من ترتب له حق رهن عليه قبل إتمام تلك المصروفات ؟

هنا تثار الصعوبة . والحق إن المسألة لا تخلو من الدقة .

قد يقال إن الحابس إنما يتلق حيازة الشيء من المدين ، والمدين لا يستطيع أن ينقل إليه حيازته إلا بالحالة التي كان عليها *cum onere suo* فظل الشيء إذن وهو في يد الدائن محملا بالأعباء التي كان يتحمل بها وهو في يد المدين^(١) . وقد قال أيضا إن حق الحبس الناتج من الرهن الحيازي لا يسرى في مواجهة الغير الذين ترتبت لهم حقوق على الشيء ، إذ كانت تلك الحقوق قد تم حفظها وفقا للقانون قبل سريان الرهن الحيازي في مواجهتهم (المادة ١/١١١) . فليس للرهن حيازيا للعقار ، مثلا ، أن يجبر العقار المرهون في مواجهة من ارتبته رهنا رسميا مقيدا قبل قيد الرهن الحيازي . وإذا كان الأمر كذلك أمكن أن يقال إنه لا يصح أن يكون الحق في الحبس الذي يثبت للدائن العادي أقوى من الحق في الحبس الذي يثبت للرهن حيازيا^(٢) ، لاسيما أن حق الأول في الحبس ليس حقا عينيا ، بينما حق الثاني هو حق عيني ، أو بعبارة أدق ، هو إحدى مزايا حق عيني ، هو الرهن الحيازي .

هاتان هما الحجتان اللتان قد يعتمد عليهما من يرى أن قانوننا المصري الحالي لا يسمح بسريان حق الدائن العادي في الحبس في مواجهة من ترتب له حق عيني على الشيء المحبوس في تاريخ سابق على نشوء الحق في الحبس . ونحن نرى أنهما غير مقنعتين . فيمكن الرد على الحجة الأولى بأن الحابس لا يكتسب حقا على الشيء المحبوس ، حتى يمكن أن يقال إنه لا يجوز أن يكون

(١) راجع : Colin et Capitant, loc. cit., t. II, no. 1047

(٢) أنظر في هذا المعنى :

Baudry-Lacantinerie et de Loynes, de nantissement des privilèges et hypothèques, t. I, no. 249.

له عليه من الحقوق أكثر مما كان للدين ؛ وفضلاً عن ذلك ، فإن الحابس لا يتلقى حقه في الحبس من المدين حتى يمكن أن يقال إنه لا يكون لمن الحقوق أكثر منه ، إذ هو يتلقى حقه مباشرة من القانون ، فهو لا يعتبر في حقه هذا خلفاً للدين^(١) . أما عن الحجة الثانية ، فيمكن دحضها بالقول بأن حق الحبس الذي يثبت للمرتبه حيازاً ماهو إلا نتيجة للرهن الحيازي وأثر مترتب عليه . فيجب لسريانه في مواجهة الغير أن يكون الرهن معتبراً في مواجهتهم ؛ ولا يكون الرهن سارياً في مواجهة من اكتسب على الشيء حقاً وسبق له حفظه وفقاً للقانون ، والأمـر بخلاف ذلك في الحق في الحبس الذي يثبت للدائن العادي ، إذ هو يثبت له مستقلاً ، أي دون أن يكون نتيجة وأثراً لحق آخر .

ولا نزيد الاكتفاء بتفنيد حجج من يقول بعدم سريان الحق في الحبس في مواجهة الغير الذين اكتسبوا على الشيء المحبوس حقوقاً سابقة على نشوئه ، بل نرى أنه من الممكن أن نستمد من نصوص القانون نفسها حجتين نسوقهما لتعزيز الرأي الذي تويد به ، وهو أن الحق في الحبس يسري في مواجهة الجميع ، أي حتى في مواجهة الغير الذين اكتسبوا على الشيء حقوقاً في تاريخ سابق لنشوئه . وتتلخص هاتان الحجتان فيما يأتي :

١ - وردت المادة ٢٤٦ ، التي تقرر الحق في الحبس ، عامة ؛ فهي تمنح هذا الحق لكل من التزم بأداء شيء ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزامه أو لم يقدم تأميناً كافياً لضمان الوفاء به . فتنطبق هذا النص يؤدي إلى منح الدائن الحق في حبس الشيء حتى يستوفي ما له قبل المدين ، أو يقدم له تأمين لضمان الوفاء به ، دون اعتبار لمن يضار بهذا الحق .

٢ - تمنح المادة ٦٠٥ الحق في الحبس للمستأجر في مواجهة من تنتقل ملكية العين المؤجرة ، إذا ترتب على انتقال الملكية إليه انتهاء الإيجار

(١) راجع في هذا المعنى : Josseland, loc. cit., t. II, no. 1469

في مواجهته، وذلك حتى يستوفي المستأجر التعويض الذي يستحقه. فالمالك الجديد ليس مدينًا للمستأجر بالتعويض الذي يلتزم به المأجر دونه، بل هو من الغير بالنسبة للمستأجر؛ وحق المالك الجديد على العين المؤجرة سابق في وجوده على حق المستأجر في الحبس؛ إذ هذا الحق الأخير لا يثبت بسبب الإيجار الذي لا يكون نافذاً في مواجهة المالك الجديد، وإنما يثبت بسبب التعويض الذي يحق للمستأجر؛ وهذا التعويض لا يحق للمستأجر إلا بعد انتهاء الإيجار بسبب انتقال الملكية؛ أي هو لا يحق له إلا بعد أن يصبح المتصرف إليه من المؤجر مالكا.

يظهر مما سبق أن الحق في الحبس يسرى في مواجهة الجميع في مواجهة المدينين، وفي مواجهة دائئيه العاديين، وفي مواجهة الغير الذين يكتسبون على الشيء المحبوس حقوقا عينية؛ فهو يسرى في مواجهة الدائئيين المرتبئين والممتازين ولو كان الرهن أو الامتياز سابقاً على نشوء الحق في الحبس، وذلك دون تفرقة بين ما إذا كان الشيء المحبوس منقولاً أو عقاراً^(١).

١٣٠ — آثار الحق في الحبس

ترتب على الحق في الحبس حقوق للحائس والتزامات عليه:

١٣١ — أولاً: مفهوم الحائس هو المحيطة بالصفيحة المستندة لا بمنح الحق في الحبس صاحبه من الحقوق إلا مجرد الحيازة الفعلية للشيء. فليس للدائن الحائس إلا أن يحتفظ بالشيء ويمتنع عن تسليمه، حتى يفي له المدين بحقه المضمون بالحبس، من أصل وفوائد ومصروفات،

(١) يرى البعض التفرقة في ذلك بين المنقول والعقار. فهم يقررون سريان الحق في الحبس في مواجهة الغير دون اعتبار لتاريخ نشوء حقوقهم، إذا كان الشيء المحبوس منقولاً؛ بينما هم لا يقررون سريان الحق في الحبس في حالة العقار إلا في مواجهة الغير الذين اكتسبوا حقوقهم بعد نشوئه (راجع: Baudry-Lacantinerie de et Loynes. loc. cit., t. I. no. 429). ونحن لا نرى مبرراً لهذه التفرقة.

أو يعرض هذا الوفاء عرضاً حقيقياً ، إذ العرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء (المادة ٣٣٩) . وقد رأينا أن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة^(١) ، فهو يبق متعلقاً بكل الشيء ، ما دام المدين لم يف بكل الدين .

وإذا قلنا بأن الحق في الحبس لا يمنح صاحبه إلا مجرد الحق في الامتناع عن تسليم الشيء ، فنحن نرمي بذلك إلى القول بأنه لا يمنحه حق الامتياز على هذا الشيء . وفي ذلك تنص المادة ١٢٤٧/٢ على أن : « ١ - مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » . فإذا بيع الشيء المحبوس ، ما كان للحابس أن يستوفي حقه من ثمنه بالآلية على الدائنين الآخرين ، ما لم تثبت له هذه الآلية من طريق آخر .

وإذا كان الشيء المحبوس ينتج ثماراً ، ما حق للحابس أن يأخذ هذه الثمار لنفسه ، ولا أن خصم قيمتها من الدين ؛ بل كل ماله هو الحق في حبسها . والقول بغير ذلك يؤدي ، بطريق غير مباشر ، إلى امتياز الحابس على الدائنين العاديين ؛ والحق في الحبس لا يمنح صاحبه حق الامتياز ، كما قدمنا . ولاحظ هنا الفرق بين الحق في الحبس وبين الرهن الحيازي ، الذي يمنح صاحبه الحق في الاستيلاء على ثمار الشيء المرهون بعد خصم قيمتها من الدين المضمون (المادة ١١٠٤) .

ولا يجوز الحق في الحبس صاحبه حق طلب بيع الشيء المحبوس . إذ ليس للحابس إلا مجرد الحق في الامتناع عن تسليم الشيء ، كما بينا ؛ ولكن للحابس أن ينفذ على الشيء ، لا باعتباره حاسباً ، بل باعتباره مجرد دائن عادي . بيد أنه إذا فعل ذلك ، اعتبر متنازلاً تنازلاً ضمناً عن حقه في الحبس في مواجهة من يرسو المزاد عليه ، وتساوى مع باقي الدائنين العاديين في استيفاء حقه من الثمن ؛ إذ لا يعقل أن يطلب بيع الشيء ، ثم يرفض بعد ذلك تسليمه لمن يرسو المزاد عليه .

وإذا كان الحق في الحبس لا يمنح صاحبه حق امتياز قانوني، فهو يؤدي إلى امتياز عملاء قلابس، كما قدمنا، أن يتمتع عن تسليم الشيء في مواجهة الجميع، أي حتى في مواجهة الراسي عليه المزداد، إلى أن يستوفي كل حقه. وعلى ذلك، إذا نفذ الدائنون على المال المحبوس، كان للجابس أن يتمتع عن تسليمه للرأسى عليه المزداد إلى أن يستوفي حقه، وهذا ما يجعله، عملاً، يستوفي مطلوبه مقدماً عليهم. فالحق في الحبس، وإن لم يمنح صاحبه حق امتياز قانوني ومباشر، إلا أنه يؤدي إلى تقدمه على باقي الدائنين عملاً وبطريق غير مباشر^(١).

١٣٢ - التزامات الجابس

يلتزم الجابس بالمحافظة على الشيء المحبوس. وهذا أمر طبيعي. إذ الشيء في يده، فيجب عليه أن يصونه ويرعاه. وفي ذلك تنص المادة ٢/٢٤٧ على أنه: ٢٠ - وعلى الجابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة... ومقتضى ذلك أن على الجابس أن يبذل في المحافظة على الشيء المحبوس وصيائمه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاكه وتلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا بد له فيه (راجع المادة ١١٠٣).

وتقتضي المادة ٣/٢٤٧ بأنه: ٣٠ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللجابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩، وينقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه. وعلى ذلك، إذا خشى الجابس أن يهلك أو يتلف الشيء المحبوس أو ثماره، جاز له أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني.

(١) وربما كان هذا الاعتبار هو الذي دعا قانوننا القديم إلى الكلام عن حق الحبس بمد الكلام عن حقوق الامتياز مباشرة.

أو يسعره في البورصة أو السوق، وينقل حق الحابس في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه (راجع المادة ١١١٩).

ولم يفصح القانون عما إذا كان يجب على الحابس استثمار الشيء المحبوس، كما فعل ذلك بالنسبة إلى المرتهن رهناً حيازياً (المادة ٢/١١٠٤) وزيرى وجوب التزام الحابس بذلك، ما لم يمنعه المالك منه. لأن الشيء موجود في يد الحابس، فيجب ألا يفوت على المالك حق الإفادة منه. وفضلاً عن ذلك، فالمادة ٢/٢٤٧ تلزم الحابس بأن يقدم حساباً عن غلة الشيء المحبوس، وهذا ما يتضمن التزامه باستغلاله، ما لم يمنعه الحابس منه. وإذا لزم على الحابس أن يستغل الشيء المحبوس، وجب أن يحصل هذا الاستغلال لحساب المالك. فالحابس لا يأخذ الغلة، بل كل ما له هو أن يحبسها مع الشيء، كما بينا.

ويجب على الحابس، في النهاية، أن يرد الشيء المحبوس وتوابعه عند انقضاء حقه في الحبس. وإذا هلك الشيء المحبوس أو تلف، وجب عليه أن يعرض مالكة عن هذا الهلاك أو التلف، ما لم يثبت حصولها بسبب لا يد له فيه.

١٣٣ - انقضاء الحق في الحبس

ينقضى الحق في الحبس، شأنه في ذلك شأن كل حقوق الضمان، بطريقين: ^١ فأولها ينقضى تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون به، وهو ينقضى أيضاً بصفة مستقلة عن انقضاء هذا الالتزام.

١٣٤ - انقضاء الحق في الحبس تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون به

الحق في الحبس حق تابع للالتزام المضمون به. وهو لذلك ينقضى بصفة تبعية، نتيجة لانقضاء هذا الالتزام، أي كان سبب هذا الانقضاء، أى سواء هذا الانقضاء

انقضى الالتزام المضمون بالوفاء أو الإبراء أو المقاصة . . إلخ بيد أنه يلاحظ أن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة . فهو يبقى ما بقي جزء من الدين . ويلاحظ أيضاً أن الالتزام المضمون بالحق في الحبس لا يسقط بالتقادم ، طالما بقي الشيء المحبوس موجوداً في يد الدائن ، لأن ذلك يعتبر من المدين إقراراً ضمناً مستمراً بالدين ، ومن ثم يقطع التقادم (راجع المادة ٣٨٤) (١) .

١٣٥ - انقضاء الحق في الحبس بصفة أصلية

ويقضى الحق في الحبس بصفة أصلية ، أي مستقلاً عن قضاء الالتزام المضمون به ، كلما اعتراه سبب ينهيه . ويحصل ذلك في الأحوال الآتية :

١ - إذا خرج الشيء من يد حائزه أو محوزه (المادة ١/٢٤٨) . لأن وجود الشيء في يد الحابس ركن أساسي من أركان الحق في الحبس ؛ فإذا ذهب عن يده ، انقضى الحق . بيد أنه يلزم ، لانقضاء الحق في الحبس ، أن يكون خروج الشيء من يد الحابس حاصلًا إرادياً ، أي برغبته واختاره . فإذا كان الشيء قد خرج من يد الحابس خلسة أو غصباً ، كان له أن يسترجعه من يكون قد ذهب إلى يده . وإنما يشترط أن يطلب الحابس ذلك في خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروجه ، وقبل انقضاء سنة من وقت هذا الخروج . وفي ذلك تقضي المادة ٣٤٨ بأنه : ١ - ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محوزه . ٢ - ومع ذلك يجوز للحابس الشيء ، إذا خرج

(١) تنص المادة ٣٨٤ على أنه : ١ - ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً . ٢ - ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأمينا للوفاء بالدين . فالمادة تعتبر الإقرار الضمني بمثابة الإقرار الصريح في قطع التقادم . وظاهر أن الفقرة الثانية من المادة لا تذكر حالة وجود المرهون حيازياً في يد المرتهن ، إلا كثال للإقرار الضمني بالحق المضمون به . فيجب أن تقول بوجود الإقرار الضمني بالدين كلما أمكن ضمير عمل المدين على هذا الوجه ، كما إذا قدم كفيلاً لضمان الوفاء بالدين ، أو كما إذا ترك شيئاً في يد الدائن ، وكان لهذا الأخير الحق في حسيه ضماناً للوفاء بالدين .

الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده . إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه . وللحابس ، إذا توافرت الشروط التي بينا ، أن يسترد الشيء إلى يده ولو كان منقولاً انتقلت حيازته إلى شخص حسن النية . لأن الأمر ينطوي على سرقة ضمان ^(١) vol de gage .

ولكن إذا كان حائز المنقول قد اشتراه بحسن نية من السوق أو البورصة أو عن يتجر في مثله ، ما حق للحابس أن يسترده منه إلا إذا دفع له الثمن (المادة ٢/٩٧٧) .

٢ - ينقضي الحق في الحبس أيضاً إذا ما تنازل عنه صاحبه . ولا يهم ما إذا حصل هذا التنازل صراحة أو اشتطص ضمناً من الظروف . وقد رأينا أن طلب الحابس بيع الشيء المحبوس يعتبر منه تنازلاً ضمناً عن حقه في الحبس في مواجهة الراعي عليه المزداد ^(٢) .

٣ - وينقضي الحق في الحبس كذلك إذا قدم المدين بالالتزام المضمون به تأمناً آخر بدلاً عنه . وفي ذلك تقضي المادة ١/٢٤٦ بأن : «للدائن أن يحبس الشيء حتى يعرض المدين الوفاء بما هو مستحق عليه أو يقدم تأمناً كافياً للوفاء بالتزامه» . والحكمة من ذلك واضحة ، إذ القانون يحول الحق في الحبس حتى يضمن الحابس الوفاء بحقه . فإذا قدم له المدين ضماناً آخر كافياً ، تخلف الفرض من هذا الحق . ولا يهم نوع التأمين الذي يقدمه المدين . فسواء كان شخصياً كالكفالة ، أم عينياً كالرهن . وكل ما يلزم في التأمين هو أن يكون كافياً ؛ وعند التنازع بين قاضي الموضوع ما إذا كان التأمين

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لمروع التقيج ، فيها ورد فيها بشأن المادة ٣٣٣ - وراجع أيضاً ما سنذكره في حق امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة .
(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٨ .

كافياً أم لا . ويلاحظ أن القانون استثنى حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من حكم المبدأ الذي قررناه ؛ إذ تقرر المادة ٤٥٩ هذا الحق للبائع ، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة .

٤ — وينقضى الحق في الحبس ، في النهاية ، إذا هلك الشيء المحبوس .
يبدو أنه إذا حصل الهلاك بفعل الغير ودفع عنه تعويضاً ، أو كان الشيء مؤمناً عليه ودفع المؤمن قيمة التأمين ، انتقل الحق في الحبس إلى مبلغ التعويض أو قيمة التأمين ، تطبيقاً للقاعدة العامة في الحلول المعنى *subrogation réelle*

الباب الثاني

أوصاف الالتزام

١٣٦ - تناولنا فيما سبق آثار الالتزام . وقد اتخذنا ، في بيان هذه الآثار ، الالتزام في حالته العادية البسيطة ، وهي تلك التي يقوم فيها الالتزام موجوداً وناقذاً ، ويكون محله شيئاً واحداً ، ومن غير أن يتعدد الأشخاص المكونين لطرفيه .

يبد أن الأمور لا تسير دائماً بهذه البساطة . فقد يحجب الالتزام في صورة أكثر تعقيداً . ويحصل ذلك إذا لحقه وصف من الأوصاف التي من شأنها أن تؤثر في وجوده أو في نفاذه ، أو تؤدي إلى التعدد في موضوعه أو في أشخاص طرفيه . وفي هذه الحالة ، يقع الالتزام موصوفاً .

واتسام الالتزام بوصف معين يغير بعض الشيء من الآثار التي تترتب عليه . من أجل هذا كان طبيعياً أن نلجأ ، بعد أن فرغنا من بيان آثار الالتزام في صورته العادية ، إلى دراسة الأوصاف التي قد يتسم بها ، وتحديد ما يترتب على هذه الأوصاف من اختلاف في آثاره .

وفي دراستنا لأوصاف الالتزام ، نبدأ بتلك التي تمس وجوده أو نفاذه وهي الشرط والأجل ؛ ثم نعقب بتلك التي تمس موضوعه ؛ وننتهي بالأوصاف التي تمس طرفيه .

الفصل الأول

الأوصاف المتعلقة بوجود الالتزام أو نفاذه

الشرط والأجل

١٣٧ - الشرط والأجل وصفان يلحقان بالالتزام في مجموعه . ولكن أثر كل منهما على الالتزام الموصوف به يختلف عن أثر الآخر اختلافاً أساسياً . فأولهما يمس الالتزام في ذات وجوده . أما ثانيهما ، فلا يمس الالتزام إلا في نفاذه . وتتناول كلا من الشرط والأجل في مبحث مستقل .

المبحث الأول

الشرط

١٣٨ - يقصد بلفظ « الشرط » ، في لغة القانون ، معاني عديدة . فقد يتراد به الأمر الذي يلزم توافره لقيام نظام قانوني معين أو لانتاجه أثره . وفي هذا المعنى يقال إن للعقد شروط انعقاده وهي الرضاء والمحل والسبب ، وإن له شروط صحته ، وهي الأهلية وسلامة الرضاء من عيوبه . وفي هذا المعنى يقال أيضاً شروط مباشرة الدعوى الوصلية ، وشروط شهر الاعسار . وقد يطلق لفظ « الشرط » ، ويقصد به الحكم الذي أرتضاه المتعاقدان ، بالنسبة إلى جزئية معينة من جزئيات العقد ؛ وفي هذا المعنى يقال : شرط دفع الثمن فوراً ، وشرط الرجوع بضمين الاستحقاق ، وشرط المنع من التصرف . وقد يقصد بلفظ « الشرط » ، المقابل الذي يتحمل به المتبرع له ، فحلقاً للأصل ؛ فيقال إن الهبة أو الوصية مقترنة بشرط ، هو أن يدفع الموهوب له أو الموصى له ، مثلاً ، ديون الواهب أو الموصى .

يبد أن لفظ « الشرط » باعتباره وصفاً يلحق الالتزام يفيد معنى آخر مختلف تماماً عما سبق . فيقصد به هنا أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب عليه وقوعه إما وجود الالتزام أو زواله . وفي هذا تقول المادة ٢٦٥ : « يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

١٣٩ - الشرط الواقف والشرط الفاسخ ينقسم الشرطان

ينقسم الشرط إلى واقف وفاسخ . والشرط الواقف هو الذي يترتب عليه تحققه وجود الالتزام . فالإلتزام قبل تحقق الشرط غير موجود . فإذا تحقق الشرط ، وجد الإلتزام . وإن تخلف الشرط انعدام الإلتزام . وهكذا يعتبر الشرط واقفاً وجود الإلتزام إلى أن يتحقق ، إن كتب له أن يتحقق . ومن هنا كانت تسميته بالشرط الواقف . ومثاله أن ألزم بأن أعطيك مائة جنيه إذا نجحت في الامتحان .

أما الشرط الفاسخ ، فهو الذي يترتب على تحققه زوال الإلتزام . فالإلتزام هنا موجود قبل تحقق الشرط ، ولكن مصيره ، من حيث استمرار وجوده أو زواله مجهول ؛ إذ هو معلق على تخلف الشرط أو تحققه . فإن تخلف الشرط ، تأكد وجود الإلتزام نهائياً . وإن تحقق الشرط ، زال الإلتزام أو انقسخ^(١) . ومن هنا أتت تسمية « الشرط الفاسخ » . ومثاله أن يهب شخص آخر منزله ، على أن أنقسخ الهبة إذا رزق الواهب بمولود .

(١) وقد لاحظ بعض الفقهاء ، وعلى الأخص Ihering ، أن الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق موجود ، كل ما في الأمر أن زواله معلق على شرط واقف ؛ فإن تحقق الشرط ، زال الحق ؛ وإن تخلف تأكد وجوده . وهكذا وصلوا إلى أن الشرط واقف دائماً . كل ما هنالك أنه تارة يبق وجود الحق (الشرط الواقف بالمعنى المادى) ، وتارة يبق زواله (الشرط الفاسخ) .

ويلاحظ أن وجود أحد نوعي الشرط يتضمن بالضرورة وجود النوع الآخر. فإذا وهب شخص ابنه أرضه، إذا تزوج من فتاة معينة، مثلاً، كان الابن مالكا للأرض تحت شرط واقف، وكان الأب في نفس الوقت مالكا للأرض تحت شرط فاسخ؛ والشرط واحد في الحالتين، وهو زواج الابن من الفتاة المعينة. وإذا وهب الأب ابنه أرضه، على أن تفسخ الهبة إذا لم يوفق الابن في دراسته الجامعية، مثلاً، كان الابن مالكا للأرض تحت شرط فاسخ، وكان الأب مالكا للأرض تحت شرط واقف؛ والشرط واحد في الحالتين، وهو عدم توفيق الابن في دراسته الجامعية.

١٤٠ - مفومات الشرط

يلزم لقيام الشرط، سواء أكان واقفاً أم فاسخاً، انطواؤه على الأمرين الآتين:

١ - أمر مستقبل: فالشرط لا يقوم على أمر من أمور الماضي أو الحاضر، حتى لو كان ذوو الشأن جاهلين شأنه. فلو ألزم الأب، مثلاً، بأن يعطى ابنه مبلغاً من المال إذا نجح في امتحان معين، وكانت نتيجة هذا الامتحان قد ظهرت بالفعل عند التعهد، ما كان هناك التزام معلق على شرط، حتى لو كان الأب وابنه أو أحدهما على غير علم بظهور تلك النتيجة. وهنا ينشأ الالتزام باتاً منجراً، إن كان الابن قد نجح؛ ولا يقوم أصلاً إن كان الابن قد رسب.

٢ - أمر غير محقق الوقوع: لا يكفي، لقيام الشرط، أن يتضمن أمراً مستقبلاً، وإنما يلزم أن يكون هذا الأمر غير محقق الوقوع. فإن كان الأمر محقق الوقوع مستقبلاً، حتى لو طال على تحقيقه الأمد، ما ساء أن ينهض شرطاً. وفي هذا اختلاف جوهري بين الشرط والأجل، حيث يقوم هذا الأخير على أمر مستقبل محقق الوقوع. ويترب على ذلك أنه

لا يعتبر التزاماً معلقاً على شرط ، أن يلتزم شخص مثلاً ، بأن يدفع لآخر مبلغاً من النقود في موسم القطن المقبل ، فوسم القطن لا بد آت ، وقتياً للبالوف من شئون الحياة ، ومن ثم فهو لا يصلح لأن يكون شرطاً ، وإنما يقع في حالتنا أجلاً يقترب به الالتزام ، ويعتبر الأمر المحقق الوقوع مستقبلاً أجلاً لا شرطاً ، حتى لو كان وقت تحققه غير معروف حالاً ومثال ذلك الموت . فلا بد من أن يموت الانسان يوماً ، وإن كان تاريخ موته غير معروف الناس ، وعلى هذا فالالتزام شركة التأمين بأن تدفع مبلغ التأمين لورثة شخص معين عند موته ، لا يعتبر التزاماً معلقاً على شرط ، بل هو التزام مقترن بأجل واقف .

على أنه يلاحظ أن الأمر الذي هو بطبيعته وبذاته محقق الوقوع مستقبلاً ، والذي لا يصلح لذلك أن يكون شرطاً ، قد يكتنف بظروف وملايسات تجعله غير محقق الوقوع وهو مكتنف بها ، ومن ثم يصلح على هذا الحال أن يكون شرطاً بوصف به الالتزام . ومثال ذلك أن يهب شخص آخر أرضه ، على أن تفسخ الهبة إذا مات الموهوب له قبل الواهب ، فموت الموهوب له بذاته أمر محقق الوقوع ، ولكن موته قبل موت الواهب أمر غير محقق الوقوع ؛ وعلى ذلك فإن لم يفلح الموت الأول لأن يكون شرطاً ، فإن الموت الثاني يصلح لذلك .

٣ - أمر يمكن الوقوع : إذا لزم في الأمر ، لكن يصلح شرطاً ، ألا يكون محقق الوقوع ، فإنه يلزم أن يكون ممكنه ، بمعنى ألا يكون مستحيل الوقوع . فإن كان الأمر مستحيل الوقوع ، ما ساء أن ينهض شرطاً يتصف به الحق ، لا في وجوده ولا في زواله . ومثال الأمر المستحيل أن يقول شخص لآخر : « أعطيك مائة جنيهه إذا لمست الشمس أو إذا أحييت الميت » .

واستلزم كون الأمر ممكناً حتى يصلح شرطاً يرجع إلى أن من يلتزم تحت شرط واقف أو فاسخ يعلق أهمية كبرى على وقوع الأمر الذى يقوم الشرط عليه. فإن كان وقوع هذا الأمر مستحيلاً، كان الملتزم غير جاد فى تعليق التزامه على تحققه، أو فى الأقل، ما كان لهذا التعليق فائدة.

فالمقصود بالاستحالة التى تحول دون قيام الشرط الاستحالة المطلقة. وفقاً للبالوف من شئون الحياة، فإن كان الأمر مستحيلاً الآن ولكن من الممكن حصوله مستقبلاً، أو حتى لو كان هناك أمل فى وقوعه مستقبلاً، ساغ أن يصلح شرطاً يتصف به الالتزام ولذلك لا يوجد الآن ثمة ما يمنع من أن يتعهد شخص بإعطاء مكافأة لمن يصل إلى اكتشاف دواء لمرض استعصى حتى الآن على الدواء، أو أن يتعهد شخص بتقديم مكافأة لأول من يصل إلى القمر، بعد أن أخذت أبحاث العلماء وتجاربهم تدل على أن هناك أملاً فى ذلك.

٤ - عدم مخالفة الأمر للنظام العام ولا لحسن الآداب: يلزم ألا يكون الأمر الذى يقوم عليه الشرط مخالفاً للنظام العام ولا لحسن الآداب؛ وبعبارة أخرى، يلزم أن يكون الشرط مشروعاً.

والمقصود بمشروعية الشرط هو ألا يكون دافعاً لمخالفة النظام العام، حتى يثبت الالتزام (الشرط الواقف)، أو حتى لا يزول (الشرط الفاسخ). فالعبارة هنا بالغرض المقصود من تعليق الالتزام على الشرط، لا بالواقعة المشروطة ذاتها. فقد تكون الواقعة المشروطة مخالفة للنظام العام فى ذاتها، ولكن اتصل بمجموع ذلك شرطاً، إذا كان ذلك فى اتخاذها كذلك دافعاً محضاً إلى عدم وقوع تلك المخالفة. ومثال ذلك ارتكاب جريمة؛ فهو فى ذاته مخالف للنظام العام، ولا يسوغ أن يتخذ شرطاً بوصف به الالتزام، إذا كان فى ذلك دافعاً إلى مخالفة النظام العام، كان يتعهد شخص بأن يدفع لآخر مبلغاً من

من المال إذا قتل ثالثاً. ولكن هذا الأمر بذاته يمكن أن يتخذ شرطاً يتصف به الالتزام، إذا كان في ذلك حافز إلى عدم مخالفة النظام العام، ومثال ذلك أن يهب أب ابنه أرضه. على أن تفسخ الهبة إذا ارتكب الابن جريمة.

يظهر مما سبق أنه يلزم في الشرط أن يكون مشروعاً، بمعنى ألا يكون مخالفاً للنظام العام ولا لحسن الآداب. والحقيقة أن هذا المقوم ليس جديداً؛ فهو لا يعدو أن يكون تطبيقاً لسابقه؛ وهو كون الشرط ممكناً غير مستحيل. إذ أن الاستحالة، كما قد تكون مادية، وهي تتضمن ما يستحيل بفعل الواقع، قد تكون قانونية، وهي تتضمن ما يستحيل بفعل القانون. والأمر غير المشروع لا يعدو أن يكون أمراً مستحيلاً استحالة قانونية، حيث إن القانون لا يجيزه.

من أجل ذلك، تعرض القانون للشرط غير الممكن وللشرط غير المشروع في نص واحد، هو نص المادة ٢٦٦، وأعطاهما نفس الحكم. ويتركز هذا الحكم في اعتبار الشرط كأن لم يكن أصلاً.

وإذا كان من شأن الشرط هنا أن يعتبر كأن لم يكن، فإن إعمال هذا الحكم يؤدي إلى نتائج مختلفة، باختلاف ما إذا كان الشرط واقعاً أو فاسخاً. فبطلان الشرط الواقف يؤدي إلى انعدام الحق الذي علق عليه؛ إذ الالتزام هنا متعلق، في ذات وجوده، على معدوم؛ والمتعلق في وجوده على المعدوم لا يوجد. وهكذا فإن تعهد شخص بأن يرفع لآخر مبلغاً من المال إذا لمس الشمس أو إذا ارتكب جريمة، فإن الالتزام لا يقوم أصلاً.

أما الشرط الفاسخ، فلا يؤدي بطلانه بذاته إلى بطلان الالتزام الذي علق عليه. إذ الذي يبطّل هنا هو ذات الأمر الذي علق على الشرط؛ وهو هنا فسخ الالتزام أو زواله، وليس وجوده، وهكذا يستمر الالتزام موجوداً.

(م ١٦ - أحكام الالتزام)

ويبطل فقط ما تعلق بهتيده بالزوال ، فيصير بائناً ومثال ذلك أن يهب زوج امرأته ماله ، على أن تقسخ الهبة إذا تزوجت بعد موته ؛ مدفوعاً في ذلك بمحض الغيرة^(١) . فهنا يبطل الشرط الفاسخ ؛ وبطلانه يزول ما كان يهدد الهبة بالفسخ ، فتصير بائنة .

وهكذا يؤدي بطلان الشرط الواقف إلى إعدام الالتزام المعلق عليه . أما بطلان الشرط الفاسخ ، فهو لا يؤدي بذاته إلى بطلان الالتزام المعلق عليه ؛ بل على النقيض من هذا ، يدعمه ويزيل ما كان يهدده من فناء .

وإذا كان بطلان الشرط الفاسخ لعدم مشروعيته لا يؤدي بذاته إلى بطلان الالتزام المعلق عليه ، فقد يؤدي إلى بطلان ذلك الالتزام على أساس آخر ، وهو أساس السبب . فإذا ظهر أن الأمر المخالف للنظام العام أو للأداب كان السبب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، بطل الالتزام لعدم مشروعية سببه ، لا نتيجة تعليق فسخه على شرط غير مشروع .

هذه هي أحكام الشرط غير الممكن والشرط غير المشروع . وقد ركزها المشرع في المادة ٢٦٦ التي جاءت تقضى بأنه : ١ - لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن ، أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقعاً . أما إذا كان فاسخاً فهو الذي يعتبر غير قائم . ٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام .

٥ - والأمر الأخير متطلب فقط في الشرط الواقف دون الفاسخ ، وهو ألا يكون قائماً على أمر محض إرادي لللتزام كي أي يجب ألا يكون

مفعولاً لا يرى له معنى

(١) أما إذا كان الزوج ، في إملاء هذا الشرط ، مدفوعاً بنرض آخر مشروع ، كما إذا رغب أن تتفرغ زوجته بعد موته لتربية أولادها منه ، لا يسلطها عنهم زوج تخلفه ، كان الشرط مشروعاً .

تحقق الشرط الواقف أو تخلفه متروك لإرادة المدين وحدها. فإن كان الأمر كذلك، بطل الشرط، وترتب على بطلانه عدم قيام الالتزام المعلق عليه، تطبيقاً للقاعدة التي رأيناها من قبل، وهي أن بطلان الشرط الواقف يؤدي بذاته إلى انعدام الالتزام المعلق عليه.

وبلاحظ أن الشرط، بتنوعه، بحسب الدور الذي تلعبه الإرادة في تحقيقه أو في تخلفه، إلى ما يأتي:

- (١) شرط ليس لإرادة الدائن أو المدين دور مباشر في تحقيقه أو في تخلفه، فهذا أو ذاك، متروك للظروف والمصادفات وحدها. وهذا هو الشرط الاحتمالي. ومثاله النجاح في الامتحان أو موت شخص قبل آخر. (٢) شرط يتوقف تحقيقه أو تخلفه على إرادة الدائن أو المدين، ولكن ليس إرادته هذه وحدها، وإنما إرادة شخص آخر من الغير. ومثال ذلك أن يهب شخص ابنه قطعة أرض على شرط أن يتزوج بفتاة معينة يرى الخير في تزويجها. وهذا هو الشرط المختلط. (٣) شرط يتوقف تحقيقه أو تخلفه على إرادة الدائن أو المدين وحدها، أي دون إرادة شخص آخر. وهذا هو الشرط الإرادي. والشرط الإرادي ينقسم بدوره إلى قسمين: قد يكون إرادياً بسيطاً، وهو ما لا يتوقف على المشيئة وحدها، بل يتوقف أيضاً على ظروف أخرى لا تتحكم فيها الإرادة بصفة مطلقة. ومثال ذلك أن يلزم شخص بأن يؤجر لآخر داره، إذا تركها وسكن داراً أخرى غيرها؛ فهذا ترك سكنى الدار إلى أخرى أمر تتحكم فيه إرادة المؤجر، ولكن هي لا تتحكم فيه بصفة تامة مطلقة، إذ هناك ظروف أخرى تقوله في الأمر كلمتها، وهي العود على مسكن آخر ملائم والانتقال إليه فعلاً. وقد يكون الشرط إرادياً مختصاً، وهو ما يتوقف على إرادة الدائن والمدين وحدها، أي مجردة عن أي اعتبار آخر.

والشرط الاحتمالي والمختلط يقع صحيحاً في كل الأحوال. وكذلك

الشان بالنسبة إلى الشرط الإرادي البسيط إلى أما الشرط الإرادي المحض ، فيختلف حكمه بعض الشيء . فإن كان فاسخاً صح في جميع الأحوال ، أى منواه أكان متعلقاً بإرادة المدين أو الدائن . فیسوغ ، مثلاً ، أن أأجر لك سيارتي ، على أن يفسخ الإيجار إذا أردت أنا ، أو أردت أنت ، وإن كان الشرط الإرادي المحض واقفاً ، صح إن تعلق بإرادة الدائن . كما إذا التزمت أنا بأن أعيرك سيارتي ، لستنزها بها يوم شم النسيم ، إذا أردت أنت . أما إذا تعلق الشرط الإرادي المحض بإرادة الملتزم ، كان باطلاً ، وما قام الالتزام المعلق عليه . ومثال ذلك أن أتعهد بأن أعيرك سيارتي ، في المثال السابق ، إذا أردت أنا ، أو أن أتعهد بأن أدفع لك مبلغاً من المال عندما أرغب في ذلك أو عندما يحلولى .

هكذا نخلص إلى أن الشرط ، بالنسبة إلى دور الإرادة في تحققه أو تخلفه ، لا يقع باطلاً ، إلا إذا كان واقفاً ، وإرادياً محضاً ، وتعلق بإرادة المدين أو الملتزم . وفي هذه الحالة ، يؤدي بطلان الشرط إلى عدم قيام الالتزام الذى علق عليه . وقد تضمنت المادة ٢٣٧ هذا الحكم بقولها : « لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم » .

والحكمة من عدم قيام الالتزام الذى علق على شرط واقف محض إرادى للملتزم واضحة . ففي هذه الحالة ، لا يقصد المدين أن يلتزم في الحقيقة ، مما هو في الأقل لا يقصد أن يلتزم حالاً . فإذا قلت لك مثلاً ، أتعهد بأن أعطيك مائة جنيه عندما يحلولى ، فأنا حالاً لا أرغب في أن أعطيك شيئاً ، حتى أتى إذا رغبت فيما بعد في إعطائك ، قام الالتزام من هذا الوقت فقط .

١٤١ - طبيعة الشرط

رأينا فيما سبق أن الشرط أمر مستقل غير محقق الوقوع . وليس كل

أمر من هذا النوع يعتبر شرطاً . وإنما يلزم لذلك ألا يكون الأمر داخلاً في تكوين الحق ، وبعبارة أخرى ، يلزم ألا يكون الأمر متضمناً عنصراً من العناصر الأساسية التي يتركب الحق منها ولا يقوم بغيرها .

فالشروط يتميز بأنه أمر عارض على الحق الموصوف به ، بمعنى أنه يطرأ عليه بعد استكمال عناصره . ويترتب على ذلك أنه من الممكن أن يزول الشرط مع بقاء الحق الموصوف به قائماً . فإذا التزمت بأن أعطيك مائة جنيه ، إذا نجحت في الامتحان ، فالشرط هنا ، وهو النجاح في الامتحان ، أمر عارض على الالتزام ؛ فهو لا يدخل في عناصر تكوينه ، ومن الممكن أن نصرف النظر عنه مع بقاء الالتزام قائماً .

وهذا يتميز الحق المعلق على شرط ، أو الحق المشروط ، كما يطلق عليه في بعض الأحيان ، عن الحق الاحتمالي . فهذا الحق الأخير بدوره يتوقف في ذات وجوده ، على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ؛ ولكن هذا الأمر ، المستقبل يعتبر عنصراً من العناصر التي يتكون الحق عنها ، بحيث لا يعتبر دخيلاً عليه ، ولا يتصور الحق من غيره . ومثال الحق الاحتمالي حق الموصي له قبل موت الموصي ، وحق المشتري بعقد غير مسجل بالنسبة إلى الملكية . فحق الموصي له متوقف على موت الموصي قبل موته ، فحقه إذا متوقف على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، ولكنه لا يعتبر مع ذلك حقاً مطلقاً على شرط ، بل مجرد احتمال في حق ، لأن من الأركان الأساسية لقيام الوصية موت الموصي حال حياة الموصي له . وكذلك الأمر بالنسبة إلى المشتري بعقد غير مسجل ، إذ التسجيل أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، ولكن لا يعتبر شرطاً ، إذ هو عنصر لازم لانتقال الملكية في العقار .

ويترتب على تلك التفرقة الأساسية بين طبعه كل من الحق المعلق على شرط والحق الاحتمالي اختلاف أساسي في الآثار المترتبة عليهما . ولعل

أهم هذه الآثار هو أن تحقق الشرط الواقف يجعل الحق قائماً من وقت يستند إلى الماضي؛ أي أن تحقق الشرط أثر رجعي لقاعدة عامة؛ وذلك في حين أن تحقق الأمر الذي يتطلبه الحق الاحتمالي، لا يجعل هذا الحق قائماً إلا من تاريخ توافره.

١٤٢ - آثار الشرط

تختلف آثار الشرط اختلافاً أساسياً وفقاً لنوعه، وافقاً كان أن فاسخاً. وتتناول أولاً آثار الشرط الواقف، ثم آثار الشرط الفاسخ.

١٤٣ - أولاً: آثار الشرط الواقف

تختلف آثار الشرط الواقف باختلاف مرحلتين متعاقبتين: مرحلة تعليق الحق على الشرط، وهي المرحلة التي تسبق التيقن من مصير الشرط من حيث تحققه أو تخلفه، ومرحلة انتهاء تعليق الحق على الشرط، على أثر وقوعه أو تخلفه.

المرحلة الأولى - فترة التعليق على الشرط الواقف: في هذه المرحلة يحقق الشرط الحق في ذات وجوده؛ فلا يكون هذا الحق قائماً في ذاته. فإذا تعهدت بأن أعطيك مائة جنيه إذا نجحت في الامتحان، فلا تكون دائناً لي بهذا المبلغ في مرحلة التعليق على الشرط، أي في المرحلة السابقة على تبين مصيره من حيث التحقق أو التخلف.

ويترب على اعتبار الحق المعلق على شرط واقف غير موجود في ذاته النتائج الآتية:

- ١ - لا يكون الحق قابلاً للتنفيذ القهري.
- ٢ - لا يكون الحق قابلاً للتنفيذ الاختياري. وإذا وفاه المدين على غير بنية من الأمر، أي حاله كونه يعتقد مديونية بدين منجز، كان له أن يسترد

ما دفع ، لا اعتبار أنه قد دفع غير المستحق عليه .

٣ - لا يجوز المقاصة بالدين المعلق على شرط واقف . لأن المقاصة بالدين تتضمن اقتضاه بطريق غير مباشر .

٤ - لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يباشر الدعوى بالوصية .

٥ - لا يبدأ سريان التقادم المسقط طالما أن الحق معلق على شرط واقف . إذ أن بدء التقادم لا يكون إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء (المادة ٢٨١) .

٦ - إذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق ملكية ، ما كان صاحبه أن يستعمل الشيء أو أن يستغله ، لأنه ليس مالكاً بعد .

المهم في كل ما سبق أن الحق المعلق على شرط واقف لا يكون موجوداً بذاته في فترة التعليق . ولكن ليس معنى ذلك أن الشخص يكون هنا مجرداً عن كل حق . فهو ، وإن لم يصبح بعد صاحب ذات الحق المعلق على الشرط ، فهو صاحب حق في أن يكسب هذا الحق إذا تحقق الشرط ؛ وبعبارة أخرى ، هو صاحب حق مشروط بتحقيق الشرط . فإذا تعهدت ، مثلاً ، بأن أعطيك مائة جنيه إذا نجحت في الامتحان ، فلا يكون لك ، في مرحلة التعليق على الشرط ، حق في هذا المبلغ ، بمعنى ألا تكون دائناً لي به . ولكنك تعتبر صاحب حق في أن تكسب حق الدائنية على المبلغ السابق إذا تحقق الشرط ، وهو نجاحك في الامتحان . وعلى هذا فصاحب الحق المعلق على شرط واقف ، وإن لم يكسب هذا الحق بعد ، فهو ليس مجرد صاحب أمل فيه ، ولكن له حق في أن يناله ، إذا تحقق الشرط . وتقرّب على هذه الفكرة عدة نتائج هامة :

١ - لا يسوغ لأحد طرفي العقد المولد للحق المعلق على شرط واقف أن يستقل بنفسه دون إرادة الطرف الآخر .

٢ - الحق المعلق على شرط واقف ترد عليه الخلافة سواء أكانت عامة

أم خاصة ، وسواء من ناحية الدائن أم من ناحية المدين . فإذا مات الدائن ، انتقل حقه إلى وارثه ، وإذا مات المدين ، خلفه وارثه في التحمل بالحق . وكذلك لا يوجد ثمة ما يمنع من التصرف في الحق المعلق على شرط واقف بالبيع ونحوه .

٣ - لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يتخذ جميع الإجراءات التحفظية التي تستهدف صيانة حقه ، كوضع الاختام على أموال المدين بعد وفاته ، وتحرير قوائم الجرد ، وتسجيل التصرف الناقل للملكية ، وقيدها الرهن ، ووضع الحراسة على الأموال ، ورفع دعوى تحقيق الخطوط . بل إن القانون منح الدائن بحق معلق على شرط واقف الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية .

المرحلة الثانية : انتهاء فترة التعليق على الشرط الواقف : فترة التعليق على الشرط مؤقتة بالضرورة . فهي لا بد أن تنتهي يوماً . وهي تنتهي إما بتحقيق الشرط ، وإما بتخلفه .

فإن تحقق الشرط الواقف ، وجد الحق الذي كان معلقاً عليه . وهو يوجد لا من تاريخ تحقق الشرط فحسب ، بل من تاريخ قيامه معلقاً على الشرط . إذ أن للشرط أثر رجعي ، كقاعدة عامة ، كما سينبته بعد قليل . وتترتب على وجود الحق الآثار العكسية لتلك التي بينها في حالة تعليقه على الشرط . فيصبح المدين ملتزماً به ، ويسوغ للدائن قهره على أدائه بأجر أنه التنفيذ الجبري على أمواله ، ويصبح الدين محلاً للمقاصة القانونية ، ويبدأ سريان التقادم المسقط له ، ويصبح الشخص مالكاً ملكية تامة بما تخوله من استعمال الشيء واستغلاله ، إلى غير ذلك من كافة المزايا التي يمنحها الحق المنجز لصاحبه .

وإذا تخلف الشرط الواقف ، اعتبر الحق الذي كان معلقاً عليه عدماً وأنه كان دائماً كذلك . وتترتب على ذلك زوال آثار جميع ما يكون صاحب الحق قد أجره فيه من أعمال التصرف أو التحفظ .

هذه هي أحكام الشرط الواقف ، في فترة تعليق الحق عليه ، وفي تلك التي ينتهي فيها هذا التعليق ، سواء بتحقق الشرط أم بتخلفه . وقد ركز المشرع هذه الأحكام في المادة ٢٦٨ التي تقضى بأنه : « إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه . »

١٤٤ - ثانياً : الشرط الفاسخ

تختلف آثار الشرط الفاسخ ، كأثار الشرط الواقف ، باختلاف مرحلة التعليق عليه ، وتلك التي ينتهي فيها هذا التعليق ، على أن تحقق الشرط أو ثبت تخلفه .

المرحلة الأولى - فترة التعليق على الشرط الفاسخ : الحق المعلق على شرط فاسخ ، في فترة تعليقه على هذا الشرط ، يكون موجوداً و نافذاً ومستحق الأداء ، كل ما في الأمر أن خطر تحقق الشرط يهدده بالزوال . فالحق قائم و نافذ حالاً ، وإن كان من المحتمل زواله بتحقيق الشرط .

ويترب على ذلك أن الحق المعلق على شرط فاسخ يمنح ، بحسب الأصل ، لصاحبه كل الحقوق التي يمنحها الحق البات المنجز ، فللدائن بحق معلق على شرط فاسخ أن يستأديه من مدينه ، وأن يلجأ في ذلك إلى التنفيذ الجبري عليه إذا لم الحال ، وأن يباشر الدعوى البولصية حماية له ، وذلك كله فضلاً عن الاجراءات التحفظية كلها . ويبدأ سريان التقادم بالحق من تاريخ نشوئه ، وإذا كان الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق الملكية ، كان صاحبه مالكاً ، بما لحق الملكية من مزايا الاستعمال والاستغلال والتصرف .

وإذا كان الحق المعلق على شرط فاسخ يمنح صاحبه ، بحسب الأصل ،

نفس الحقوق التي يمنحها الحق المنجز البات ، إلا أنه يرد على ذلك قيدان يقتضيها كون الحق مهدداً بالزوال ، وهذان القيدان هما الآتيان :

١ - التصرف في الحق المعلق على شرط فاسخ لا يمنح المتصرف إليه إلا حقاً من نفس النوع ، أي حقاً مهدداً بالزوال إذا تحقق الشرط . لأن المتصرف لم يكن له إلا هذا الحق ، فلا يستطيع أن يمنح المتصرف له منه حقاً أقوى .

٢ - لا يسوغ لصاحب الحق المعلق على شرط فاسخ أن يجري عملاً من شأنه أن يهلكه أو يؤدي إلى تلفه . فإذا كان شخص ، مثلاً ، يملك منزلاً تحت شرط فاسخ ، ما ساغ له أن يهدمه . فهو ليس الوحيد في الميدان . بل يوجد معه من يملك هذا المنزل تحت شرط واقف . ولهذا الأخير أن يتحفظ على المنزل بأنه يمنع كل ما يهدده من أذى ، حتى في مواجهة من يملكه تحت شرط فاسخ . وله في هذا السبيل عند الضرورة أن يطلب تعيين حارس عليه .

المرحلة الثانية - انتهاء فترة التعليق على الشرط الفاسخ : تنتهي فترة التعليق على الشرط الفاسخ ، كمرحلة التعليق على الشرط الواقف تماماً ، بتحقيق الشرط أو تخلفه .

وهو فإن تخلف الشرط الفاسخ ، تأكد الحق الذي كان معلقاً عليه وتدعم ، وزال الخطر الذي كان يهدده بالزوال ، واعتبر أنه كان دائماً حقاً باتاً منجراً .

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، انهار الحق من أساسه ، واعتبر أنه لم يكن كذلك أبداً ، كأصل عام . وهكذا يرى صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، والذي كان من قبل حقاً موجوداً وناقذاً ومستحق الأداء ، يرى صاحب هذا الحق حقه يستحيل إلى عدم ، لا من وقت تحقق الشرط فحسب ،

بل من وقت نشوء الحق كذلك . تطبيقاً لقاعدة الأثر الرجعي للشرط .

ويترب على زوال الحق المعلق على شرط فاسخ نتيجة تحققه ، زوال جميع ما تم من إجراءات وتصرفات تأسيساً عليه . فإذا كان الدائن قد استأدى الدين ، وجب عليه رد ما أخذ . فإن كان ما أخذه قد هلك بسبب يرجع إليه ، حق عليه التعويض عنه ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية . وإذا كان الدائن قد اتخذ إجراءات تحفظية أو تنفيذية . بطلت تلك الإجراءات . وإذا كان قد أجرى تصرفاً في حقه ، اعتبر أنه تصرف في شيء لاحق له فيه . وعلى العموم زوال . كأصل عام ، جميع الأمور التي تمت تأسيساً على الحق . لأنه بزوال هذا الحق ، تفقد هذه الأمور أساسها ، فيزول بدورها . وقد ركزت المادة ١/٢٦٩ هذا الحكم بقولها : « ١٠ - يترب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه ، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض . »

وإذا كانت القاعدة العامة هي أنه يترب على زوال الحق المعلق على شرط فاسخ ، نتيجة تحقق هذا الشرط ، زوال جميع الأمور التي تأسست عليه ، إلا أنه تستثنى من تلك القاعدة ، بصرح نص المادة ٢/٢٦٩ ، أعمال الإدارة . إذ أن هذه الأعمال تبقى نافذة ، رغم تحقق الشرط . وفي هذا تقضي المادة ٢/٢٦٩ بأنه : « ٢٠ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة ، رغم تحقق الشرط . »

وقد ابتغى المشرع ، من الإبقاء على أعمال الإدارة رغم تحقق الشرط الفاسخ ، أن يكفل لها ما يلغى من استقرار ، سيما وأنها لا تؤثر كثيراً في الشخص الذي عاد الحق إليه . وغني عن البيان أن أعمال الإدارة لا تبقى نافذة بعد تحقق الشرط الفاسخ ، إلا إذا كانت صادرة عن حسن نية ، وفي حدود المألوف في الإدارة ، فإذا كان عمل الإدارة إجارة ، مثلاً ،

وجب ألا تتجاوز مدتها ثلاث سنوات^(١) (المادة ٥٥٩) .

١٤٥ - متى ينبر الشرط متحققاً أو متخلفاً

على ضوء ما ذكرناه بالنسبة إلى آثار الشرط ، يبين أن الحق المعلق عليه يتأثر تأثراً بالغا بتحقيقه أو بتخلفه ؛ فهو هذا أو بذاك يتراوح بين الحياة والموت ^١ فتحقق الشرط الواقف يبعث الحياة في الحق المعلق عليه ، وتخلفه يعدمه . وتختلف الشرط الفاسخ يمنع الفناء عن الحق المعلق عليه ، في حين أن تحققه يزيله من الوجود .

وإذا كان الأمر هكذا ، فمن الأهمية بمكان أن نحدد ما إذا كان الشرط ، واقفاً أو فاسخاً ، قد تحقق أو غاب ؟

^١ لا يعتبر الشرط متحققاً ، إلا إذا وقعت الواقعة المشروطة على النحو الذي حددته إرادة المتعاقدين . فإن استلزمت تلك الإرادة واقعة بذاتها ، ما أغنت عنها واقعة أخرى ، مهما كان بينهما من تماثل ، فإذا تعهد أب بأن يعطي ابنه ١٠٠٠ جنيه ، لو قال ليسانس الحقوق ، ما استحق الابن هذا المبلغ إذا قال ليسانس الآداب . وإذا استلزمت الإرادة أن تتم الواقعة على نحو معين ، ما اعتبر الشرط متحققاً إذا تمت الواقعة على نحو يقل عن المطلوب ؛ فإذا تعهد الأب بأن يعطي ابنه قدرأ من المال لو قال اليسانس بدرجة الامتياز ، ما اعتبر الشرط متحققاً إذا قال هذه الشهادة بدرجة جيد جدا . وإذا قصدت الإرادة أن تتم الواقعة في ميعاد محدد ، لزم أن تتم في هذا الميعاد ، واعتبر الشرط متخلفاً حتى لو تمت الواقعة ولكن بعد فوات الميعاد ؛ فلو تعهد الأب ، مثلاً ، بأن يعطي ابنه قدرأ من المال إذا نجح هذا العام ، فإنه لا يستحقه إذا رسب فيه ، حتى لو نجح

^(١) أنظر في هذا المعنى المذكورة لأضاحية لمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التوضيرية
نسخ ٣ ص ١٧ . وراجع مؤلفنا عقد الإيجار ، نبذة ٥٣ .

في العام الذي يليه . وإذا قصدت الإرادة أن تتم الواقعة من شخص معين .
اعتبر الشرط متحققاً إذا تمت الواقعة من شرط آخر ؛ فلو أن الأب وهب
ابنه أرضه إذا تزوج من فتاة معينة يرى الخير في زواجه منها ، فإن الشرط
لا يتحقق إلا إذا تم الزواج من هذه الفتاة بالذات ؛ فلا يكفي أن يتزوج
الابن من فتاة أخرى . المهم في كل ما سبق وجوب أن تتم الواقعة المشروطة
وفقاً لما قصده الإرادة . واستخلاص تلك الإرادة يتعلق بالواقع ؛ ولقاضي
الموضوع فيه القول الفصل .

وإذا كانت القاعدة هي أن الشرط يعتبر متحققاً إذا وقعت الواقعة
المشروطة على النحو الذي ارتضته الإرادة ، وأنه يعتبر متحققاً إذا لم تقع
تلك الواقعة ، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناء هام . ومؤدى هذا الاستثناء
أن الشرط يعتبر متحققاً ، حتى لو تحقق فعلاً ، إذا كان تحققه هذا نتيجة فعل
غير مشروع قام به صاحب المصلحة في تحققه ، وأنه يعتبر متحققاً ، حتى
لو تخلف فعلاً ، إذا كان تخلفه هذا نتيجة عمل غير مشروع قام به صاحب
المصلحة في تخلفه . فالمؤمن ضد الحريق مثلاً ، دائن لشركة التأمين تحت
شرط واقف ، هو شوب الحريق ؛ فإذا تعمد إشعال النار ، كان قد تسبب
بعمل غير مشروع في تحقق الشرط ، فيرد عليه قصده ، ويعتبر الشرط أنه
قد تخلف ، وبالتالي لا يستحق التعويض . وإذا وهب شخص آخر أرضه
على أن تفسخ الهبة إذا رزق الواهب بمولود ، كان الموهوب له مالكا للأرض
تحت شرط فاسخ ؛ ومن مصلحته أن ينجب هذا الشرط ؛ فإن لجأ إلى عمل
غير مشروع أدى إلى تخلفه ، كما إذا أجهض زوجة الواهب ، اعتبر الشرط
أنه قد تحقق ، وفسخت الهبة .^(١)

(١) وقد كان المشروع التهديد يتضمن نصاً يقرر الحكم السابق ، على غرار ما فعله
القانون الفرنسي جزئياً في المادة ١١٧٨ منه ؛ وهذا هو نص المادة ٣٨٨ التي جاء بقول:
« ١ - يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الشخص الذي له مصلحة في أن يتحقق قد فعل بطريق

١٤٦ - الأثر الرجعي للشرط

من القواعد الأساسية للشرط في قانوننا المصري أن تحققه ينتج الآثار المترتبة عليه ، لا من وقت هذا التحقق فحسب ، بل من تاريخ نشوء الحق معلقاً على الشرط . وهكذا يستند أثر الشرط أو ينعطف أو ينسحب إلى الماضي ، أو كما يقال بعبارة أكثر شيوعاً ، يكون للشرط أثر رجعي .

والشرط الواقف والفاسخ سواء في الأثر الرجعي . فتتحقق الشرط الواقف ، يجعل الحق الذي كان معلقاً عليه موجوداً ، لا من وقت تحققه فحسب ، بل من تاريخ نشأة الحق نفسه . فإذا تعهد الأب بأن يدفع لابنه مائة جنيه لو نجح في الامتحان ، ثم تحقق النجاح ، اعتبر الابن دائماً لأبيه ، لا من وقت نجاحه فحسب ، بل من وقت التعهد كذلك . وإذا وهب الأب ابنه ماله إذا تزوج ، ثم تزوج الابن ، اعتبر هذا الأخير مالكا ، لا من وقت زواجه فحسب ، بل من تاريخ الهبة ^(١) . وكذلك يكون لتحقق الشرط الفاسخ أثر رجعي . فإذا وهب شخص أرضه لآخر على أن تفسخ الهبة إذا رزق بمولود ، ثم تحقق الشرط ، اعتبر الموهوب له أنه لم يملك الأرض في يوم من الأيام ، وليس فقط من تاريخ تحقق الشرط .

ويوضح أن إعمال الأثر الرجعي للشرط يخالف الواقع . فإذا قلنا ، في الحالة التي يتعهد فيها الأب بأن يعطي ابنه مبلغاً من النقود إذا ما نجح في الامتحان ، إن الابن يصير ، عند نجاحه ، دائماً لأبيه ابتداء من وقت التعهد ، فإن ذلك يتعارض مع ما قد حصل فعلاً وهو أن الابن في هذا الوقت لم يكن دائماً ، وإذا قلنا ، في الحالة التي يهب فيها شخص لآخر أرضه تحت

== النشودون تحققه . ٢ - لا أثر للشرط الذي تحقق إذا كان تحققه قد وقع بفشل الذي لمصلحة في أن يتحقق . وقد حذف هذا النص ، فلم يأت في القانون ، لا مكان استخلاص حكمه من القواعد العامة .

(١) أو من تاريخ تسجيل الهبة إذا كان الموهوب عقاراً .

شرط فاسخ ، إن الموهوب له ، عند تحقق هذا الشرط ، يعتبر أنه لم يملك الأرض في يوم من الأيام ، فإن هذا القول يتعارض مع الحقيقة ، وهي أن الموهوب له كان مالكا فعلا قبل تحقق الشرط ، وأنه كان يسوغ له مباشرة كل ما تخوله الملكية لصاحبها من مزايا . وإذا لجأ القانون ، بقرار فكرة الأثر الرجعي للشرط ، إلى مخالفة الحقيقة ، فسيبلة إلى ذلك هو الحيلة أو الحجاز أو الافتراض ، بمعنى أنه يفترض أمراً معيناً يخالف الحقيقة والواقع .

ولكن لماذا لجأ مشرعنا إلى تقرير فكرة الأثر الرجعي للشرط ، برغم تفاهيها مع الحقيقة والواقع ، ولم يلجأ ، كما فعلت تقنينات عديدة كالقنين الألماني والسويسري ، إلى تقرير تلك الحقيقة ، والقول بأن الشرط لا ينتج أثره ، كقاعدة عامة ، إلا من تاريخ وقوعه ؟

إن الغاية الأساسية التي يستهدفها مشرعنا من تقرير الأثر الرجعي للشرط هي منع الشخص الذي يتحقق الشرط لصالحه (وهو الدائن تحت شرط واقف والمدين تحت شرط فاسخ) من أن يضار نتيجة التصرفات التي يكون الطرف الآخر قد أجزاها . فلو أن شخصاً ، مثلاً ، وهب أرضه لآخر ، على أن تفسخ الهبة إذا مارزق الواهب بمولود ، ثم رهن الموهوب له الأرض . وبعد ذلك تحقق الشرط الفاسخ ، في هذه الحالة ، يحى الأثر الرجعي الواهب من الرهن الذي عقده الموهوب له . فإعمالاً لهذا الأثر ، يعتبر الموهوب له أنه لم يملك الأرض في يوم من الأيام ، وبالتالي لا ينفذ رهنه في مواجهة الواهب الذي يسترد الأرض غالية منه ، وكان لآمر ليختلف لو تجرد الشرط عن الأثر الرجعي ، ولم تذهب الملكية عن الموهوب له إلا من تاريخ تحقق الشرط .

١٤٧ - استثناءات قاعدة أثر الرجعي للشرط

إذا كانت القاعدة العامة هي أن للشرط أثراً رجعياً ، إلا أن هذه القاعدة

ليست مطلقة، بل ترد عليها استثناءات عدة. وقد تعرضت المادة ٢٧٠ لذكر هذه الاستثناءات. على أثر تقريرها القاعدة ذاتها. وهي في ذلك تقول :
 « ١ - إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام ، أو زواله ، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط . ٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للبلدين فيه » .

ومن هذا النص يبين أنه رد على قاعدتنا الاستثناءات الآتية :

- إذا قضت إرادة المتعاقدين ألا يكون للشرط أثر رجعي ، كان لها ما أبتغت . فقاعدتنا ليست متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم ساغ الاتفاق على مخالفتها . وسواء أن يقع الاتفاق على ذلك صراحة أو ضمناً . فيسوغ ، مثلاً ، أن يتفق الواهب والموهوب له على أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ الذي علق عليه الهبة ، فإن الملكية لا تذهب عن الأخير ، إلا من تاريخ تحقق الشرط . وإذا ساغ الاتفاق على إبعاد الأثر الرجعي للشرط كلياً ، فإنه يسوغ من باب أولى إبعاده جزئياً . وعلى ذلك يجوز في المثال السابق وقوع الاتفاق على أن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤثر في الرهن التي يكون الموهوب له قد رتبها ، وهنا تعود الملكية إلى الواهب مثقلة بتلك الرهن .

٢ - يستبعد الأثر الرجعي للشرط إذا اقتضت طبيعة العقد استبعاده . وهذا على وجه الخصوص هو شأن العقود الزمنية أو المستمرة ، كعقد العمل بموجب عقد الأجر . فإذا تعاقدت شركة ، مثلاً ، مع مهندس على إلحاقه للعمل بها ، فشرط أن يقدم شهادة المعاملة التي تثبت أدائه أو إعفائه من الخدمة العسكرية ، ما كان لتحقيق هذا الشرط أثر رجعي ، بمعنى أن المهندس لا يعتبر ملتزماً بخدمة الشركة ولا يستحق أجره من تاريخ الاتفاق ، ولكن

قط من تاريخ تقديم الشهادة . وكذلك تحقق الشرط الفاسخ الذى يعلق عليه عقد الايجار أو عقد العمل لا يزيله بأثر رجعى ، ولكن ينهيه فقط بالنسبة إلى المستقبل .

٣ - تضيف الفقرة الثانية من المادة ٢٧٠ استثناء على قاعدة الأثر الرجعى للشرط . وهى فى ذلك تقول : « ٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للدين فيه » . وهذا النص غامض وفيه قصور . وعلى أية حال ، فالقصد منه هو الأثر الأثر الرجعى للشرط فيمن يتحمل تبعة الهلاك . فتقع تلك التبعة على الشخص الذى كان يتحملها ، لو أن الشرط لم ينتج أثره إلا عند تحققه . فإذا باع شخص لآخر منزله ، مثلاً ، وعلق البيع على شرط فاسخ ، وتسلم المشتري المبيع ، الذى هلك بعد ذلك بقوة قاهرة ، وبعد هذا كله تحقق الشرط الفاسخ ؛ فى هذه الحالة لو أعملنا فكرة الأثر الرجعى للشرط ، لوجب القول بأن البيع لم يقع أصلاً ، فيسترد المشتري الثمن ، ويهلك المنزل على البائع . ولكن الفكرة السابقة لا تطبق . ولا يعتبر الشرط منتجاً أثره إلا من وقت تحققه . ومادام الهلاك قد تم قبل هذا الوقت ، فيعتبر حاصلًا فى وقت كان البيع فيه قائماً ، فيتحمل المشتري تبعة الهلاك ، مادام المنزل قد هلك بعد أن تسلمه ، تطبيقاً للقاعدة العامة فى البيع ، وهى أن تسليم المبيع منوط بانتقال تبعة هلاكه من البائع إلى المشتري .

هذه هى الاستثناءات الثلاثة التى أوردتها المادة ٢٧٠ على قاعدة الأثر الرجعى للشرط . وهى ليست كل ماورد عليها منها . فتوجد إلى جانبها استثناءات أخرى ، نص عليها القانون نفسه فى مواضع متفرقة منه . فقد سبق لنا أن رأينا أن المادة ٢٦٧/٢ تنص على أن أعمال الإدارة التى يأتى الدائن تحت شرط فاسخ تبقى نافذة رغم تحقق الشرط . وتقرر المادة ١٠٨٣ استثناء آخر لقاعدتنا ، مؤداه أنه إذا انتقلت ملكية عقار مثقل بالرهن إلى آخر تحت

(١٧٢ - أحكام الالتزام)

شرط فاسخ، ولجأ هذا الآخر إلى استعمال حقه في تطهير العقار من الرهن، فإن هذا التطهير يبق، برغم تحقق الشرط الفاسخ^(١).

ولم يكتف الفقه والقضاء بالاستثناءات السابقة، على كثرتها، بل توسعا فيها إلى حد كبير، واصلين إلى عدم إعمال فكرة الأثر الرجعي للشرط، في كل حالة تتنافى فيها مع طبيعة الأمور. ومن ذلك ما ساد من عدم احتساب مدة تعليق الحق على الشرط الواقف الذي تحقق في التقادم المسقط له، ومن بقاء ثمار الشيء التي قبضها المالك تحت شرط فاسخ له؛ بل أن بعض الفقهاء وصلوا إلى أن الشفعة التي تنقرر للمالك تحت شرط فاسخ تبقى له، برغم فسخ العقد الذي رتب له ملكية العقار الذي شفع به.

هكذا تتكاثر الاستثناءات التي ترد في قانونا المصري على قاعدة الأثر الرجعي للشرط إلى حد يجعل شقة الخلاف جد بسيطة، بيننا وبين المذهب الجرماني الذي لا يقر هذه القاعدة، وهو المذهب الذي يتبعه الكثير من التشريعات الحديثة؛ كالقانون الألماني والقانون السويسري، سيما وأن هذه التشريعات قد أوردت بدورها الكثير من الاستثناءات على ما اتخذته لنفسها مبدأ، وهو عدم استناد أثر الشرط إلى الماضي^(٢).

المبحث الثاني

الأجل أمر مستقبل محقق
مقومة منفاذا لآلة

١٤٨ — الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو ائقضاؤه. وفي ذلك تقضي المادة ١/٢٧١ بأنه: «يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو ائقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع».

(١) انظر في هذا مؤلفات التأمينات الشخصية والمدينة، بذة ٣٢٣.

(٢) راجع في هذا المني مجموعة الأعمال التضيرية ج ٣، ص ٢٠.

فالأجل يقوم على أمر مستقبل ، يشبه في ذلك مثل الشرط تماماً . فإن كان نفاذ الالتزام محمداً بأمر وقع بالفعل ، حتى لو كان طرفاً للالتزام أو أحدهما مجهولاً وقوعه ، فإن الالتزام ينشأ منجراً ، ولا يكون مقترناً بأجل . ومثال ذلك أن يلتزم شخص بالاتفاق على أولاد آخر بعد موته ، ثم يتضح أن أب الأولاد كان قد مات فعلاً عند قيام الالتزام .

والأمر المستقبل الذي يقوم الأجل عليه يتميز بأنه محقق الوقوع ، أى أنه لا بد أن يقع يوماً ، وفقاً للبالوف من شؤون الحياة . وهذا يتميز الأجل عن الشرط ، الذي هو أمر غير محقق الوقوع ، وإن كان يمكنه كما بينا . وكما تقول للمادة ٢/٢٧١ ، يعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتتماً ، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه . ومثال ذلك موت شخص معين ؛ فلا بد لهذا الشخص من أن يموت يوماً ، وإن كان تاريخ موته غير معروف .

وأى أمر مستقبل ومحقق الوقوع يصلح لأن يكون أجلاً يقترن به الالتزام ، كأول يناير القادم ، ومضى سنة أو شهر أو أسبوع من تاريخ محدد ، ووفاة شخص معين ، وحصاد القمح التالى .

واقتران الالتزام بالأجل لا يؤثر في وجوده ، وإنما يلحق نفاذه بحسب . وهو إما يقف هذا النفاذ إلى أن يحل ، وإما ينهيه إذا ما حل . وهكذا فالأجل نوع إما واقف وإما فاسخ . ومثال الأجل الواقف أن يشترط دفع الدين بعد سنة أو شهر أو في ميعاد محدد يضرب . ومثال الأجل الفاسخ أن يلتزم شخص بأن يدفع لآخر لمراد مرتباً للموتى الحياة ، إذ يعتبر موت الدائن هنا أجلاً ينهى حقه . ومثال الأجل الفاسخ كذلك المدة التي تحدد لنهاية الإيجار .

١٤٩ — التفرقة بين الشرط والأجل

يختلف الشرط عن الأجل اختلافاً أساسياً . ويتركز هذا الاختلاف

في ناحيتين : تتعلق الأولى بطبيعة كل منهما ؛ وتعلق الثانية بأثر كل منهما على الالتزام الموصوف به .

ففيما يتعلق بالطبيعة ، يقوم الشرط على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع ؛ أما الأجل ، فهو إن تشابه مع الشرط في كونه بدوره أمراً مستقبلياً ، إلا أنه يختلف عنه في كونه أمر محقق الوقوع ، أي لا بد أن يحصل يوماً ، وفقاً للجاري المألوف من حياة الإنسان .

وفيما يتعلق بأثر كل من الشرط والأجل على الالتزام الموصوف ، نجد أن الشرط يمس الالتزام في ذات وجوده ؛ فهو إما أن يجعله غير موجود إلا بوقوعه (الشرط الواقف) ، وإما أن يزيل وجوده من أساسه إذا وقع (الشرط الفاسخ) . أما الأجل ، فهو لا يمس الالتزام في وجوده ، كما بينا ؛ فهو لا يتعلق إلا بتنفيذ الالتزام . فهو إما أن يؤجل هذا النفاذ أو يوقفه إلى أن يقع (الأجل الواقف) ، وإما أن ينهي هذا النفاذ بالنسبة إلى المستقبل عندما يقع (الأجل الفاسخ) .

١٥٠ — الوفاء عند المقدرة أو الميسرة

في بعض الأحيان ، يشترط المتعاقدان أن يكون الوفاء بالالتزام عند المقدرة أو الميسرة أو عند الامكان أو حسب الامكان. وفي هذه الحالة ، تدق معرفة ما إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، أو مقترناً بأجل واقف . ولهذا الكشف أهمية بالغة . إذ لو كان الالتزام معلقاً على شرط ، لأصبح وجوده ذاته رهيناً بالأقدار ، بحيث أنه لو مات المدين دون أن يلحقه ، لا نعدم ، وما تحمل به وارثه من بعده . أما إذا كان الالتزام مقترناً بأجل ، فودى ذلك وجوده وإيقاف نفاذه إلى أن يقتدر المدين ؛ فإن ظل غير مقتدر إلى أن مات ، حل الأجل بموته ؛ وهذا يتحلل الوارث بالالتزام ، في حدود ما يناله من أموال التركة ، بطبيعة الحال .

وقد اعتبر القانون الالتزام هنا مقترنا بأجل واقف، وهو اقتدار المدين أو يسره. على أنه في تقريره هذا الحكم، لا يفعل أكثر من أن يضع قرينة قانونية بسيطة. ومن ثم يسوغ دحضها بإثبات أن إرادة المتعاقدين انصرفت إلى تعليق الالتزام على شرط الميسرة، لا مجرد إضافته إلى أجل. ويجب أن تظهر الإرادة في ذلك قاطعة. فعند الشك، يؤخذ بفكرة الأجل، دون الشرط.

وإذا اعتبر الالتزام هنا، كما هو الأصل، مقترنا بأجل الميسرة، فإنه لا يترك بطبيعة الحال تحديد هذه الميسرة للدين وحده أو للدائن وحده. فعند عدم اتفاقها، يرفع الأمر للقاضي، الذي يعين الميعاد المناسب لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك جميع الظروف التي تكتنف المدين، وعلى الأخص موارده المالية الحالية والمستقبلية، ومقتضيات العناية بالرجل المريض على الوفاء بالتزاماته (المادة ٢٧٢).

١٥١ - أنواع الأجل بالنسبة للدين.

رأينا فيما سبق أن الأجل ينقسم، بالنسبة إلى أثره، إلى واقف وفاسخ، وأن الواقف هو الذي يوقف نفاذ الالتزام إلى أن يقع، والفاسخ هو الذي ينهى نفاذ الالتزام إذا ما حل. وإذا نظرنا إلى الأجل، من ناحية مصدره، وجدناه ينوع إلى اتفاقي وقانوني.

فالأجل الاتفاقي كما يدل اسمه، هو الذي ينشأ من الاتفاق أو من الإرادة بوجه عام. وهذا النوع هو الغالب في العمل. وقد يكون تحديد الأجل هنا صريحاً، كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون وفاة الدين بعد عام محدد. وقد يقع هذا التحديد ضمناً، بمعنى أن يستدل عليه من ظروف الأحوال. ومثال هذه

الأنواع
التي هي
موجودة

الحالة الأخيرة أن يتفق صاحب مطعم مع أحد زبائنه على أن يقيم مأدبة عشاء لضيوفه في يوم معلوم ، دون أن يحدد الساعة ؛ هنا يتحدد ميعاد المأدبة ضمناً بالوقت المألوف لتناول العشاء .

أما الأجل القانوني ، فهو الذي يحدده القانون . ومثاله ، بالنسبة للأجل الواقف ، أن قانون الضريبة العامة على الإيراد يلزم الممول بدفعها في ميعاد لا يتجاوز ٣١ مارس من كل عام . ومثاله ، بالنسبة للأجل الفاسخ ، أن القانون المدني يقرر انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع ، إن لم يكن قد انتهى في تاريخ سابق . وكثيراً ما يتدخل المشرع أثناء المحن والأزمات فيصدر قانوناً يقرر به تأجيل الديون عامة ، أو وقف الوفاء بها .

وأيضاً الأجل القضائي ، أو نظرة الميسرة *délai de grâce* ، كما يسمى أحياناً ، هو ذلك الذي يمنحه القاضي للدين العاثر الحظ ، إذا وجد في ظروف استثنائية تستدعي الرأفة به وتخفيف قسوة القانون عليه . فإذا حل أجل الدين ، والمدين في عسر بسبب ظروف استثنائية يؤمل أن تزول ، ساغ للقاضي أن ينظره إلى ميسرة ، بأن يمنحه أجلاً أو أجالاً ، لعل الله يؤتيه من بعد عسر يسرا ، بشرط ألا يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم (المادة ٤٣٦) .

١٥٢ - اتزام بالاجل

تكلما فيما سبق في الاجل من حيث هو . وزيد الآن أن تبين آثار اقرار الالتزام بالاجل أو اتصافه به . ويختلف الوضع هنا باختلاف نوعي الاجل ، واقعاً كان أم فاسخاً ، وذلك على النحو الآتي :

١٥٣ - الالتزام المقترن بأجل واقف المقتصر بأجل واقف

الالتزام المقترن بالأجل الواقف التزام موجود وكامل الوجود. فكل ما لا قراره بهذا الأجل من أثر هو وقف ففاده ليس إلا ، وذلك إلى أن يحل . وهكذا فالخلق المقترن بأجل هو حق موجود ، ولكنه غير نافذ ، وبعبارة أخرى غير مستحق الأداء .

ويرتب على عدم نفاذ الالتزام هنا امتناع التنفيذ القهرى . فلا يسوغ للدائن أن يطالب المدين بالوفاء ، مادام أجل الدين قائما ، ولا أن يفذه عليه ، من باب أولى . فإن رفع الدائن دعوى محقه ، وجب الحكم بعدم قبولها ، لأنها قبل الأولين . ولا يسوغ للدائن أن يتمسك بالمقاصة بين دينه المؤجل ودين عليه ، لأن المقاصة لا تقع إلا بين الديون المستحقة الأداء (المادة ٣٦٢) .

ولا يترتب على الأجل الواقف امتناع التنفيذ القهرى فحسب ، بل إن امتناع التنفيذ الاختيارى ، إذا وقع من المدين حالة كونه مجهول الأجل ، يعتبر بدوره أنه قد وقع قبل أوانه ، وأنه لم يكن بالتالى وفاء للالتزام ، بل دفعا لشيء لم يستحق بعد على المدين ، الأمر الذى يحول هذا الأخير ، كأصل عام ، أن يسترد ما دفع ، على أساس أنه دفع غير المستحق عليه . بيد أن القانون إذا كان قد خول المدين هنا كأصل عام استرداد ما دفع ، إلا أنه رخص للدائن فى استبقاء الوفاء ، بشرط أن يدفع للمدين ما أفاده بسبب التعجيل ، فى حدود الضرر الذى لحق هذا الأخير من جرائه ، تطبيقا لقواعد الإثراء بلا سبب ؛ وذلك رغبة منه فى تبسيط الأمور وتجنب قيام الدائن برد ما قبضه ، مادام أنه سيستحقه عند حلول الأجل . وفى هذا تقضى المادة ١٨٣ بأنه : ١ - يصبح كذلك استرداد غير المستحق ، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا

(١) أما إذا دفع المدين الدين قبل حلول أجله على يئنه من الأمر ، ما كان له أن يسترد ما دفع ، لأنه يعتبر هنا متازلا عن الأجل .

لا التزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل ٢٠ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر. فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله تقوياً، التزم الدائن أن يرد المدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل.

يظهر مما سبق أن اقتران الالتزام بالأجل الواقف يجعله غير نافذ إلى أن يحل، وأنه يترتب على ذلك أن يصبح غير قابل للتنفيذ إلى هذا الوقت، وسواء في هذا التنفيذ القهري أو الاختياري.

ولكن كل مظاهر الالتزام الأخرى ثبتت للدائن بوجه عام فلا أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات، ويورث عنه إذا مات. وعلى الخصوص ثبتت للدائن هنا جميع الإجراءات التحفظية، أي تلك التي تستهدف التحفظ على الحق من الضياع. بل إن القانون قد خصه هنا بإجراء تحفظي قوي، وهو ثبوت الحق له في أن يطالب المدين بتقديم تأمين يضمن الوفاء بالتزامه، كرهن أو كفالة، إذا كانت هناك أسباب قوية ومعقولة تجعله يخشى إعياره، فإن لم يستجب المدين لتدائه، سقط أجل الدين، وأصبح بذلك حالاً، الأمر الذي يحول للدائن المبادرة إلى التنفيذ على أموال المدين.

والأهم من ذلك، وإذا انقضى الأجل، أصبح الالتزام الذي كان مقترناً به، التزاماً منجزاً واستكمل ما كان ينقصه وهو النفاذ، فيصير بذلك مستحق الأداء حالاً، الأمر الذي يسوغ المطالبة بتنفيذه فوراً، وجبر المدين على أدائه، إن لم يقم به طوعاً واختياراً. على أنه يلاحظ أن حلول الأجل لا يعني، كقاعدة عامة عن الامتياز، على وفق ما بيناه تفصيلاً في حينه.

هذه هي أحكام الالتزام المقترن بأجل واقف. وقد ركزها المشرع في المادة ٣٧٤/١ بقوله: ١٠ — إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينتقض فيه الأجل. على أنه يجوز للدائن،

حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله
بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره واستند
في ذلك إلى سبب معقول .

١٥٤ - الالتزام المفترق بأجل فاسخ

لا يؤثر الأجل الفاسخ في الالتزام الذي يتصف به ، إلا من ناحية تقرير
إنهائه في تاريخ حلوله . أما قبل ذلك فالالتزام نافذ ومستحق الأداء ويحول
صاحبه كل المزايا التي يمنحها الالتزام البسيط غير الموصوف . فإذا التزم
شخص بأن يدفع لآخر إيراد مرتباً لمدى الحياة ، مثلاً ، كان التزامه مقترناً
بأجل فاسخ ، وهو وفاة الدائن . ولا يؤثر هذا الأجل الفاسخ في نفاذ
الالتزام ، بخلاف الأجل الواقف ، بل يقع الالتزام نافذاً ومستحق الأداء
من وقت نشأته ، ويبقى هكذا إلى أن ينقضي الأجل بموت الدائن . فكان
كل ما للأجل الفاسخ من أثر هو تحديد تاريخ إنهاء الالتزام .

وانقضاء الأجل هنا لا ينهي الالتزام إلا للمستقبل ، فهو لا يزيله بالنسبة
إلى الماضي . فليس للأجل أثر رجعي ، بخلاف الحال في الشرط . ويترب
على ذلك أنه إذا كان الشخص الذي رتب الإيراد لصالحه ، في المثال السابق ،
قد استحق قبل موته بعض الأقساط ، ولم تدفع له ، بقى حقه فيها ، وانتقل
بعد موته إلى ورثته .

وقد تعرضت المادة ٢٧٤/٢ لأثر الأجل الفاسخ بقولها : ٢٠ - ويترب على
انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي .

١٥٥ - انقضاء الأجل

ينقضي الأجل بالأمور الآتية :
أولاً : حلول الأجل : وهذا هو السبيل الطبيعي والمعتاد لانقضاء الأجل .

ويحل الأجل بوقوع الأمر المنتظر ، كاقضاء المدة المحددة ، مثلاً . ولا تتور
هنا عادة إلا مسألة كيفية احتساب الزمن . والقاعدة في ذلك أن اليوم الأول
لا يحتسب ، ولما يدخل اليوم الأخير في الحساب فإذا التزم شخص ،
مثلاً ، بأن يدفع الدين بعد عام يبدأ من ٧ مايو سنة ١٩٥٩ ، حل الأجل
في ٧ مايو سنة ١٩٦٠ ، وإذا التزم شخص بأن يدفع الدين بعد أسبوع يبدأ
من يوم الخميس ، حل الأجل في يوم الخميس التالي .

ثانياً : ينقضي الأجل بالتنازل عنه من قرر لمصلحته . فإن كان الأجل
مقررًا لمصلحة المدين وحده ، كما هي الحال في القرض بغير فائدة ، ساغ له
أن ينزل عن الأجل ، ويدفع الدين قبل ميعاده المتفق عليه . وإذا كان الأجل
مقررًا لصالح الدائن وحده ، كما إذا أودع شخص سيارته بدون مقابل لدى
آخر إلى أجل معلوم ، كان للدائن أن ينزل عن الأجل . أما إذا كان الأجل
مقررًا لصالح الدائن والمدين كليهما ، كما هي الحال بالنسبة إلى القرض بفائدة ،
ما ساغ ، كقاعدة عامة ، النزول عنه إلا باتفاقهما ، وقد أورد المشرع على
هذه القاعدة الأخيرة استثناء تمشى في قراره مع رغبته في التكرار للربا .
ومؤدى هذا الاستثناء أنه يجوز ، في القرض بفائدة ، للبقرض أن يلغى
الأجل ويرد ما اقترضه ، بشرط أن يعلن رغبته في ذلك للدائن ، بعد فوات
سته أشهر من إبرام القرض على الأقل ، وأن يدفع له الدين خلال ستة أشهر
أخرى من تاريخ هذا الاعلان . وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء القوائد
المستحقة عن الستة الأشهر التالية للإعلان ، حتى لو دفع الدين قبل فواتها
(المادة ٤٤٤ هـ) .

ثالثاً : سقوط الأجل : وينقضي الأجل في النهاية بسقوطه . وحق المدين
في الأجل يسقط في الحالات الثلاث الآتية :

١ - إذا أشهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون (المادة ٢٧٣) .
فإذا أشهر إفلاس المدين أو إعساره ، سقطت أجل ديونه المؤجلة ، وأصبحت

مستحقة الأداء ؛ مع ملاحظة أن للقاضي كما سبق لنا أن يبناء في حينه ، أن يبقى على الأجل رغم شهر الاعسار ، بل له أن يمدّه وأن يعطى أجلاً جديدة للديون الحالية (المادة ٢٥٥)

٢ - إضعاف التأمينات : فأجل الدين يسقط إذا ضعفت التأمينات الخاصة التي تضمن الوفاء بالدين بحيث أصبحت غير كافية للضمان. والمقصود بالتأمينات الخاصة ، تلك التي تخصص لضمان الدين ، زيادة عن الضمان العام المقرر على جميع أموال المدين ، كالرهن والكفالة . فلو أن الدين المورجل مضمون برهن يقع على منزل ، مثلاً ، ثم تهدم هذا المنزل ، وأصبح بذلك غير كاف للضمان ، سقط أجل الدين ، كأصل عام . ونكرر أن سقوط الأجل لا يقع إلا إذا ضعف تأمين خاص . أما إضعاف الضمان العام ، كما إذا باع المدين مالا غير مرهون في ضمان الدين ، فلا يؤدي إلى سقوط الأجل ، إلا إذا أشهر إعسار المدين أو إفلاسه .

وكل إضعاف لتأمين خاص قد يؤدي إلى سقوط الأجل ، فلا أهمية لما إذا كان الدائن قد أعطى هذا التأمين عند نشوء حقه ، أم في تاريخ لاحق . ولا أهمية كذلك لما إذا كان التأمين الخاص مقدماً من المدين ، كما هي الحال في الرهن ، أم كان قد نشأ بغير تدخل المدين ، سواء لأن القانون يمنحه للدائن ، كما هو الشأن في حقوق الامتياز ، أم لأن الدائن قد استحصل عليه بإذن القضاء . كما هي الحال بالنسبة لحق الاختصاص

وإضعاف التأمين الخاص يؤدي إلى سقوط الأجل ، سواء أوقع بفعل المدين ، أم وقع بسبب آجنبي عنه لا يد له فيه ، كقوة قاهرة . مع ملاحظة أنه إذا كان التأمين قد أضعف بفعل المدين ، فإن الأجل يسقط إلا إذا أثر الدائن بالإبقاء عليه ، وفي هذه الحالة ، يسوغ له أن يطالب المدين بأن يقدم له تأميناً تكملياً يعرض له النقص في الضمان . أما إذا كان إضعاف التأمين قد حصل بسبب

أجنبي عن المدين ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن تأمينا تكميليا
كافيا (المادة ٢٧٣ / ٢) .

٣ - ويسقط الأجل في النهاية إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه
له من التأمينات (المادة ٢٧٣ / ٣) . ومثال ذلك أن يفترض شخص مبلغاً
من المال ، ويتمهد للدائن بأن يقدم له رهناً أو كفالة لضمان الوفاء بالدين ، ثم
لا يفي بعهده ، ففي هذه الحالة يسقط الأجل .

الفصل الثاني

الأوصاف الواردة على موضوع الالتزام

أو تعدد محل الالتزام

١٥٦ - الالتزام في العادة ، يقوم بالنسبة إلى موضوعه أو محله ، على أمر واحد ، أو هو إذا تعددت الأمور التي يتضمنها محله ، فإن المدين يلتزم بأدائها كلها ، وهنا يعتبر الالتزام بسيطاً ، ولكن قد تتعدد الأمور التي تدخل في موضوع الالتزام ، ولا يلزم المدين بأدائها كلها ، وإنما بأداء أحد هذه الأمور فقط يقع الاختيار عليه . وهذا هو الالتزام التخييري . وقد يقع الالتزام على أمر واحد ، ولكن يسوغ للمدين أن يؤدي أمر آخر بدلاً عنه . وهذا هو الالتزام البديل . وهذان الالتزامان بالغان التندرة في العمل . ولذلك نكتفي ببيان أحكامهما في إيجاز .

١٥٧ - الالتزام التخييري : يكون الالتزام تخييراً إذا كان المدين ملتزماً بأداء واحدة من عدة أشياء متعديدة تبرأ ذمة المدين برادة تامة إذا أدى واحداً منها (المادة ٢٧٥) . ومثال ذلك أن يتفق مالك الأرض مع مستأجرها على أن الأجرة هي عشرون جنياً أو خمس أراب من القمح . في هذا المثال نجد أن محل التزام المستأجر يشمل شيئين ، لا واحداً ، وهما المبلغ النقدي وكمية القمح ، على أنه لا يلزم إلا بأداء أحدهما فقط الذي يقع عليه اختياره .

(ويلزم لاعتبار الالتزام تخييراً ، أن تكون الأمور المتعددة التي يشملها

موضوع الالتزام، وثبت الاختيار بينها، أو اثنين منها على الأقل، من الأمور التي تصلح محلاً للالتزام. فإذا لم يكن يصلح موضوعاً للالتزام إلا أمر واحد، وبطلت الأمور الأخرى، نشأ الالتزام بسيطاً. ومثال ذلك أن يتعهد شخص بأن يقدم لآخر كمية من الحشيش أو كمية من الطباقي.

والأصل في الالتزام التخييري أن الخيارين الأمور التي يشملها موضوع الالتزام ثبت للبدن، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على ثبوته للدائن، (المادة ٢٧٥). ومن الأمثلة التي يتفق فيها على ثبوت الخيار للدائن أن يتفق محل لبيع السيارات مع أحد زبائنه على أن يبيعه إحدى سيارتين يحددانهما، ويتركان للشترى فرصة أن ينتقى من بينهما ما يستقر عليه رآيه.

نعم، ويجب على صاحب الخيار أن يباشره في الأجل المحدد، فإن كان الخيار ثابتاً للبدن، كما هو الأصل، وامتنع عن الاختيار، كان للدائن أن يطلب من القاضي أن يحدد له أجلاً معقولاً يختار خلاله، فإن قعد المدين عن الاختيار رغم ذلك، تولى القاضي بنفسه تعيين الأمر الواجب الأداء (المادة ٢٧٦/١). وإذا كان الخيار للدائن، ولم يختَر في الأجل المحدد، ساع للبدن أن يرفع الأمر للقاضي طالباً منه تحديد أجل يختار الدائن فيه، فإن عين القاضي لذلك أجلاً، وانقضى دون أن يقوم الدائن بالاختيار، انتقل الخيار للبدن، بمعنى أنه هو الذي يتولى تحديد الأمر الذي يؤديه.

وكما قضى المادة، ٢٧٧ إذا كان الخيار للبدن، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام وكان المدين مستولاً عن هذه الاستحالة ولو فيها تتعلق بواحد من هذه الأشياء، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه.

١٥٨ - الالتزام البلي
يختلف الالتزام البلي عن الالتزام التخييري اختلافاً أساسياً. ففي حين

أن موضوع الالتزام الثاني يشمل عدة أمور يقع الاختيار بينها ، لا يشمل موضوع الالتزام البديل إلا أمراً واحداً ، كل ما هنالك أنه يسوغ للبدن أن يقدم أمراً آخر بدلا عن ذلك الذى التزم به فى الأصل . ومثال ذلك أن يتفق المؤجر مع المستأجر على أن الأجرة هى عشرون جنيا ، مع الترخيص للمستأجر بأن يقدم بدلا من هذا المبلغ خمسة أرباب من القمح . فهنا يقع موضوع الالتزام على أمر واحد وهو المبلغ النقدي ؛ كل ما هنالك هو أنه يترخص للبدن أن يقدم عوضاً عن الشيء الذى التزم بأدائه شيئا آخر ، وهو هنا كمية القمح .

ويترتب على الاختلاف فى طبيعة كل من الالتزام التخييري والالتزام البديل القوارق الآتية :

١ - يقوم الالتزام التخييري صحيحاً ، إذا كان أحد الأمور التى يقوم عليها سليماً ، حتى لو بطلت الأمور الأخرى ، على أن يكون هذا التزاماً بسيطاً . أما الالتزام البديل ، فهو لا يقوم أصلاً إذا بطل الأمر الأصيل الذى يقوم عليه موضوعه ، حتى لو صح البديل المتفق عليه .

٢ - يبقى الالتزام التخييري قائماً ما بقى أحد الأمور التى يشملها موضوعه ، حتى لو هلكت الأشياء الأخرى . أما الالتزام البديل ، فينقضى بمجرد أن يستحيل أداء الأمر الأصيل الذى يقوم عليه ، حتى لو ظل أداء البديل ممكناً . أما استحالة الأمر البديل ، فلا يترتب عليها القضاء الالتزام . فكل ما تودى إليه هو أن الالتزام يصبح بسيطاً غير موصوف .

٣ - تتحدد طبيعة الالتزام البديل المنقولة أو العقارية ، بحسب الأمر الأصيل الذى يقوم عليه الالتزام ، وتقدر قيمته على هذا الأساس . أما الالتزام التخييري ، فإن كان بعض الأمور التى يشملها موضوعه عقاراً والآخر منقولاً ، بقيت طبيعته المنقولة أو العقارية غير معروفة إلى أن يقع الاختيار . وكذلك لا يستطيع تحديد قيمة الالتزام إلا فى هذا الوقت .

٤ - إذا كان الأصل إن الاختيار في الالتزام التخييري ثبت للمدين ، إلا أنه يسوغ أن يثبت للدائن إذا اتفق على ذلك أو قضى به القانون . أما في الالتزام البلى ، فالمدين وحده دون الدائن هو الذى يجوز أن يقدم البديل مكان الأمر الاصيل الذى يقوم عليه الالتزام .

وقد ركز المشرع أحكام الالتزام البلى فى مادة وحيدة ، هى المادة ٢٧٨ ؛ وهى تقضى بأنه : « ١ - يكون الالتزام بديلاً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر .
٢ - والشئ الذى يشمل محله الالتزام ، لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته . »

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

١٥٩ - الأصل في الالتزام أن يقوم بين دائن واحد ومدين واحد ، فلا يتعدد طرفه الإيجابي ولا طرفه السلبي . بل إنه إذا تعدد الدائنون أو المدينون ، فالأصل أن موضوع الالتزام ينقسم عليهم ، ويصير كل نصيب منه موضوعاً لالتزام مستقل ، وهذا تعدد الالتزامات بتعدد الدائنين أو المدينين .

ويستوى في هذا الحكم أن يتعدد الدائنون أو المدينون عند نشأة الحق أو بعدها . ومثال تعدد الدائنين عند نشأة الحق أن يبيع شخصان شيئاً ملكاً له في الشئوع ثمن قدره ١٠٠٠ جنيه ؛ فهنا ينقسم الثمن بين البائعين ، بنسبة نصيب كل منهما في المبيع ، وتصير حصة كل منهما فيه موضوعاً لالتزام مستقل يتحمل به المشتري ؛ وهكذا يوجد هنا التزامان مستقلان وليس واحداً فقط ؛ فإن كان لكل من البائعين نصف الشيء المبيع ، مثلاً ، ثبت لكل منهما قبل المشتري دين مستقل عن دين الآخر مقداره ٥٠٠ جنيه . أما تعدد المدينين عند نشأة الالتزام ، فناله أن يشتري ثلاثة أشخاص مالا من صاحبه ؛ فهنا ينقسم الثمن بين المشتري بنسبة الحصص التي يشتركون على أساسها ، ويصير نصيب كل منهم فيه موضوعاً لالتزام متميز مستقل ؛ فإن كان الثمن ٣٠٠٠ جنيه ، ووقع الشراء بحق الثلث لكل من المشتري ، صار كل واحد من هؤلاء مديناً بدين قدره ١٠٠٠ جنيه ؛ وهكذا تقوم هنا التزامات ثلاثة موضوع كل منها ١٠٠٠ جنيه يتحمل به كل مشتر على حدة ، ولا يقوم التزام واحد موضوعه ٣٠٠٠ جنيه ، يتحمل به المشترون الثلاثة مجتمعين .

(١٨٢ - أحكام الالتزام)

وقد يكون الدائن واحداً عند نشأة الالتزام ، ثم يحل محله عدة دائنين ، فينقسم الالتزام بين هؤلاء ، فنصير أمام التزامات متعددة . ومثال ذلك أن يموت الدائن ، تاركة عدة ورثة ، فهنا ينقسم موضوع الحق الذي كان ثابتاً للمورث على ورثته ، ويصير نصيب كل منهم فيه موضوعاً لالتزام مستقل يثبت له في مواجهة المدين . وكذلك الحال قد يكون الدين واحداً عند نشأة الالتزام ، ثم ينزل موضوعه إلى عدة مدينين ، فينقسم عليهم ، وتتعدد بذلك الالتزامات بتعدد المدينين . ومثال ذلك أن يحول الدين على أشخاص متعددين يقبلون التحمل به بدلاً من المدين الأصلي ، فهنا ينقسم موضوع الالتزام على المحال عليهم ، ويصير نصيب كل من هؤلاء موضوعاً لالتزام متميز مستقل ، فتتعدد بذلك الالتزامات بتعدد المحال عليهم (١) .

يظهر مما سبق أن الأصل في الالتزام أن يقوم بين دائن واحد ومدين واحد ، وأنه إذا تعدد الدائنون أو المدينون ، فإثنا لا نكون بصدد التزام واحد ، بل بصدد التزامات متعددة ، وسواء أن يحصل هذا التعدد منذ البداية أو في تاريخ لاحق .

وقد جرت العادة في فرنسا وفي مصر على أن يطلق على الالتزام الذي ينقسم إلى التزامات متعددة بسبب تعدد الدائنين أو المدينين اصطلاح الالتزام المشترك obligation conjointe ، نسبة إلى الاشتراك في المصدر . وهذه

(١) وفي القانون الفرنسي وفي غيره من القوانين الأوروبية ينقسم الدين على ورثة المدين ، ويصح كل من هؤلاء مدنياً بالالتزام مستقل يرد على نصيبه من دين مورثه . ولكن هذا الحكم لا يسرى كأصل عام تحت ظل قانوننا ، حيث يسود مبدأ «لأثره إلا بعد سداد الدين» . فالدين الذي كان على المورث لا ينتقل ، كقاعدة عامة ، إلى ورثته ، بل تتحلل به التركة كلها ؛ وبهذا يبقى الالتزام واحداً . وتستثنى من هذا الحكم الحالة التي يكون فيها دين المورث مؤجلاً ولا يجزم الورثة على طلب حلول الأجل ؟ إذ يسوغ هنا للحكمة توزيع الدين على الورثة ، بحيث يحصل كل منهم نصيب مناسب منه ؟ وهنا ينقسم موضوع الالتزام الذي كان يقع المورث ، وتعدد بذلك الالتزامات التي يتحمل بها الورثة .

تسمية خداعة مضللة. فلسنا هنا أمام التزام واحد. بل أمام عدة التزامات. وهذه الالتزامات مستقلة متميزة بعضها عن بعض، وإن اشتركت في المصدر الذي نبعت منه. ومن ثم كان الأجدر أن نقول هنا إننا أمام التزامات منفصلة، إشارة إلى انفصالها عن بعضها. بعد أن جمعنا وحدة المصدر.

واقسام الالتزام إلى التزامات مستقلة متميزة نتيجة تعدد طرفيه الأيمان أو السلي هو الوضع الذي تلمح القواعد العامة. ويترتب على هذا الوضع نتائج بالغة الأهمية، أهمها ما يأتي:

١ - إذا تعدد الدائنون، ما كان لايهم أن يطالب المدين إلا بحصة من الدين، دون حصص الدائنين الآخرين. فإذا ثبت، مثلاً دين مقداره ٣٠٠ جنيه لشخص معين، ثم مات تاركاً ثلاثة أولاد. ما كان لأى من هؤلاء أن يطالب المدين إلا بمائة جنيه. فحق الأب هنا قد انقسم على الأولاد، وأصبح لكل منهم حق متميز ومستقل عن حقوق أخوته ومقداره ١٠٠ جنيه. وإذا استوفى أحد الدائنين دينه، اعتبر أنه اقضى حقاً خاصاً به. فلا يشاركه فيه غيره من الدائنين، حتى لو تضمنر عليهم استيفاء حقوقهم من المدين بسبب إعساره.

٢ - إذا تعدد المدينون، كان كل منهم ملتزماً بحصته فقط، دون مراعاة لحصص الآخرين. فلا يسوغ للدائن أن يطالب أياً من المدينين إلا بتسليم هذا المدين. وإذا أعسر أحد المدينين، تحمل الدائن نتيجة إعساره، فلا يرجع على غيره من المدينين.

٣ - إذا تعدد الدائنون أو المدينون، استقل كل واحد بشأن نفسه. فلا توجد رابطة تجمع بين أولئك أو هؤلاء. ويترتب على ذلك أن ما يجزئه أحد كل دائن أو كل مدين لا يسرى إلا عليه وحده، فلا يكون له أثر بالنسبة إلى غيره. فالصالح الذي يعقده أحد الدائنين مع المدين، مثلاً، أو الحكم الذي يصدره ضده، لا يكون له أدنى أثر بالنسبة إلى الدائنين الآخرين. وكذلك الشأن بالنسبة إلى التصرفات التي يجريها أحد المدينين مع الدائن. الإعلانية وجمعية الشريعة بالفسطاط

يخلص من كل ما سبق أنه إذا تعدد الدائنون أو المدينون ، فإن الالتزام ينقسم إلى التزامات مستقلة متفصلة تتعدد بعدد أولئك وهؤلاء . هذا هو الحكم الذي تلميه القواعد القانونية العامة . وفيه يعتبر الالتزام بسيطاً . لأنه يتمشى مع الوضع العادى ، ومواده وحدة كل من الدائن والمدين . ولكن الأمور لا تسير دوماً على هذا النهج . فالقانون يسمح في بعض الأحوال أن يبقى الالتزام واحداً دون أن ينقسم ، رغم تعدد الدائنين أو المدينين . وهنا يعتبر الالتزام موصوفاً . لأنه يخرج عن الوضع الذى تلميه القواعد العامة . ووصفه راجع إلى تعدد طرفه الإيجابى أو السلبى أو هما معاً .

والقانون ، إذ يسمح ببقاء الالتزام واحداً دون أن ينقسم رغم تعدد الدائنين أو المدينين ، يقرر في سبيل الوصول إلى تلك الغاية نظامين أساسيين ، هما التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام . وهذان النظامان ، لاسمياً أو طبعياً ، من الأهمية بمكان كبير . وترجع أهميتهما إلى شيوعهما في العمل ، لدرجة أننا نجد أغلب الالتزامات تبقى ، بسبب اتصافها بأحدهما ، واحدة دون انقسام ، رغم تعدد طرفيها . ونعالج هذين النظامين على التوالى ، كلا في بحث مستقل .

المبحث الأول

التضامن

١٦٠ التضامن وصف يلحق الالتزام الذى يتعدد طرفاه الإيجابى أو السلبى ، فيحول دون انقسامه ، ويؤدى بذلك إلى بقائه واحداً لا يتجزأ ، وذلك بغض النظر عما إذا كان موضوع الالتزام يقبل في ذات الانقسام أو لا يقبله .

وقد يلحق التضامن الالتزام الذى يتعدد طرفه الإيجابى ، أى الدائنون فيه ، وهذا هو التضامن الإيجابى أو التضامن بين الدائنين . كما أنه قد يلحق بالالتزام الذى يتعدد طرفه السلبى ، أى المدينون فيه ، وهذا هو التضامن

السلي أو التضامن بين المدينين . بل إنه لا يوجد شيء ما يمنع من أن يلحق التضامن الالتزام بالنسبة إلى طرفه الإيجابي والسلي على السواء .

من هذا يبين أن هناك نوعين من التضامن : تضامن إيجابي وتضامن سلي .
وأساس النوعين واحد ، وهو عدم انقسام الالتزام ، برغم تعدد الدائنين أو المدينين فيه . ولكن التفريع على هذا الأساس يقتضى بالضرورة أن يبين أحكام كل نوع على حدة . وقد بدأ قانوننا ببيان أحكام التضامن الإيجابي ، محتذياً في ذلك التقنيات الأجنبية . وسارت الأغلبية الكبرى من الفقهاء على هذا النهج في شرحهم لأحكام التضامن . ونحن نؤثر الاستهلال بالتضامن السلي . لأنه من ناحية ، يكتسج في أهمية العملية التضامن الإيجابي . ولأن المشرع نفسه من ناحية أخرى ، أطنب في بيان أحكام التضامن السلي ، واقتصد في بيان أحكام النوع الثاني ، تاركاً الأمر ، فيما أغفله بصده ، للاستنتاج من الأحكام التي أوردها بالنسبة إلى التضامن السلي ، وذلك حتى لا ينوء التقنين بنصوص حفظها من العمل جد يسير .

التضامن السلي

أو التضامن بين المدينين

١٦١ - التضامن السلي Solidarité passive أو التضامن بين المدينين solidarité entre débiteurs .
وصف يلحق الالتزام الذي ينشأ بين عدة مدينين ، فيحفظ وحدته ويمتنع من أن يقسم عليهم ، وذلك بغض النظر عما إذا كان موضوع الالتزام يقبل في ذاته الانقسام أو لا يقبله . ومثاله أن يقترض (١) و (ب) و (ج) ٣٠٠ جنهما مع اشتراط التضامن بينهما .
فموضوع الالتزام هنا يقبل في ذاته الانقسام . ومع ذلك يحول التضامن دون انقسامه . ويبقى الدين واحداً بالنسبة إلى كل مقداره . الأمر الذي يترتب عليه التزام كل مدين بالدين كله ، أى بثلاثمائة جنيه ، وثبوت الحق للدائن في أن يطالب أى مدين يختاره بهذا المبلغ جميعه .

والتضامن السلي كثير الشيوخ في العمل . حتى أن يندر عدم اشتراطه ، الحالة التي يتعدد فيها المدينون . وهكذا نجد الأصل الذي تمليه القواعد العامة ، وهو انقسام الالتزام إذا تعدد المدينون فيه ، ينقلب في العمل ، نتيجة اشتراط التضامن ، استثناء فادر الوقوع .

فمنه ويرجع شيوخ التضامن السلي في العمل إلى فائدته القصوى للدائن . فالدائن بمقتضاه أن يطالب كل مدين بالدين كله . وإذا تعذر عليه اقتضاء دينه من أحدهم ، في كله أو في جزء منه ، كان له أن يقتضيه من الباقيين . وفي ذلك ضمان فعال للدائن ، فضلا عن اليسر الكبير في استيفائه دينه . فبدلاً من أن يقسم الدائن مطالبته على مدينه المتعدين ، كل في حدود نصيبه من الدين ، يستطيع أن يقتضى دينه كاملاً من هؤلاء مجتمعين أو منفردين باسم إذا أعسر أحد المدينين ، كان في يسار الباقيين ما يخول الدائن اقتضاء حقه كاملاً . وإذا بلغت فائدة التضامن السلي هذا الحد من الأهمية بالنسبة إلى الدائن ، فمنها سبب شيوخه في العمل . إذ يقلب أن يشترطه الدائن على المدين ، وهو الطرف القوي في الالتزام . وذلك فضلاً عن الأحوال التي يفرضه فيه القانون نفسه مراعاة لمصلحة الدائن ، عندما يبدو له جديراً برعايته .

١٦٢ - الفرق بين التضامن والكفالة

ينطوي التضامن بين المدينين ، كما بينا ، على تأمين قوى فعال لمنحه للدائن في سبيل اقتضاء حقه . فبدونه ، ينقسم الالتزام على المدينين ، ولا يكون للدائن أن يطالب كل واحد منهم إلا بنصيبه فيه ؛ حتى إذا ما أعسر أحدهم ، تحمل الدائن وحده نتيجة إعساره ، وتعذر عليه اقتضاء حصته . فالدائن هنا لا يستطيع أن يرجع على باقي المدينين بحصة من يعسر منهم . فإن وجد التضامن بغير الحال تماماً . فإداه تحمل كل مدين بالدين كله ، وثبوت الحق للدائن في أن يقتضيه كاملاً من أي من المدينين شاء . وهكذا لا يضار الدائن

بإعسار أحد المدينين المتضامنين ، مادام الباقيون أو حتى واحد منهم ، مقدراً
موسراً . فالضامن يأمن الدائن ضد خطر إعسار بعض المدينين .

والضامن بهذا يشابه مع الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي وحق
الاختصاص وحقوق الامتياز . إذ هذه الحقوق الأخيرة ، تؤمن بدورها
الدائن ضد خطر إعسار الدين . ولكن هذه الحقوق تجعل التأمين كامناً
في عين محددة ، أرض أو منزل أو سيارة ، مثلاً . ومن ثم يطلق عليها
التأمينات العينية . أما الضامن ، فيقوم على توفير التأمين للدائن نتيجة جعل
عدة أشخاص ملتزمين بكل الدين ؛ فهو إذا تأمين شخصي .

والضامن ليس هو التأمين الشخصي الوحيد . فإلى جانبه ، يوجد على
الخصوص ضرب آخر من ضروب هذا التأمين ، شائع بدوره في العمل .
وهذا هو الكفالة أو الضمان ، كما يسمى في بعض الأحيان .

والكفالة نظام مؤداه أن يجد التزام بثقل مدين معين ، ثم يأتي شخص
أجنبي عن هذا الالتزام ، ويتعهد للدائن بأن يفي له به ، إذا لم يفي به المدين
نفسه (المادة ٧٢٢) .

والشبه قوى بين الضامن والكفالة . إذ أنه بمقتضى كل من النظامين ،
يستطيع الدائن أن يستوفي دينه من أشخاص متعددين ؛ حتى إذا ما أعسر
أحدهم ، كان على يسار الباقي أو الباقيين ما يضمن له الوفاء بحقه . ولكن الفروقات
بينهما جد كبيرة مع ذلك . وترتد هذه الفروقات إلى أمرين أساسيين يختلف
النظامان فيهما . وهذان الأمران هما الآتيان :

أولاً : يقوم الضامن في أساسه على المساواة بين المدينين في علاقته
مع الدائن . فكل منهم يعتبر بالنسبة إلى الدائن ، ملتزماً في المرتبة الأولى
الامر الذي يحول الدائن أن يطالب أيها منهم ، مجتمعين أو منفردين ، بالدين
كله . وأن ينفذ على أمواله في سبيل اقتضائه ، دون أن يلزم هنا أو هناك
بمراعاة أي ترتيب بينهم . أما الكفالة فتقوم على اختلاف مركز كل من
المدين والكفيل . فالأول يلتزم بوفاء الدين في المرتبة الأولى ، في حين

أن الثاني لا يلتزم به إلا في المرتبة الثانية ، بمعنى أنه لا يجبر على وفائه إلا إذا لم يف به المدين نفسه . وهكذا يلتزم الدائن بأن يبدأ بالرجوع على المدين قبل رجوعه على الكفيل . وأن ينفذ على أموال الأول قبل إجرائه التنفيذ على أموال الثاني . فإن بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده ، حق لهذا الأخير أن يدفع بوجوب البدء بمطالبة المدين (المادة ١/٧٨٨) ، وإن لجأ إلى التنفيذ على أمواله ، حق له أن يدفع بوجوب قيامه بتجريد المدين من أمواله التي يرشده عنها (المادة ٢/٧٨٨) .

ثانياً : يقوم التضامن على تحمل كل مدين في مواجهة الدائن بالتزام بصفة أصلية مستقلة عن الصفة التي تتحمل بالتزام بها المدينون الآخرون . فالالتزام الذي يتحمل به المدينون المتضامنون ، وإن ظل واحداً لا ينقسم ، إلا أنه يتقل كلا منهم نتيجة علاقة مستقلة تربطه مباشرة بالدائن . ويترب على ذلك ، كإسجحي ، تفصيلاً ، أنه لا يسوغ للمدين المتضامن أن يتمسك بالدفع الخاصة بغيره من المدينين ، كالدفع بنقص أهله أحدهم أو بعب شابهم رضاء ؛ فله فقط ، إلى جانب الدفع المتعلقة بالتزام في ذاته ، أن يتمسك بالدفع الخاصة به هو شخصياً . ثم إنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يلتزم المدين المتضامن بشروط أفسى وأشد من الشروط التي يلتزم بها غيره ، كما إذا كان التزامه هو باتاً منجزاً ، في حين أن التزام غيره معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل . بل إنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن ينقضي الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين مع استمرار قيامه بالنسبة إلى غيره ، كما إذا أربأه الدائن دون الباقيين ، أو سقط الدين بالتقادم بالنسبة إليه وحده .

أما الكفالة ، فسمتها الأساسية أن التزام الكفيل يحىء بالضرورة تابعاً لالتزام المدين المكفول . لأن محل التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالتزام المدين . ويترب على ذلك أن كل ما يمس التزام المدين يمس بالضرورة التزام الكفيل ، تطبيقاً لمبدأ التابع يتبع المتبوع أو التابع يتبع الأصل . ونمسياً مع هذه الفكرة ، يسوغ للكفيل أن يتمسك ، فضلاً عن الدفع الخاصة

به شخصاً ، بالدفع الخاصة بالمدين المكفول (المادة ٧٨٢ / ١) ^(١) فله مثلاً ، أن يتمسك بنقص أهلية المدين ^(٢) وبالعيوب التي تشوب رضاه . ثم إنه لا يجوز أن تتعد الكفالة بشروط أقوى وأشد من الشروط التي يلتزم بها المدين ، وإن ساء أن تتعد بشروط أخف وأهون (المادة ٧٨٠) . فلا يجوز مثلاً ، أن يطالب الدائن الكفيل إذا كان لالتزام المدين أجل لما يحل . حتى لو كان التزامه هو لم يقترن بأجل ، وحتى لو نشأ التزام المدين في الأصل غير مقرر بأجل ثم منح له هذا الأجل فيما بعد . ولا يجوز ، في النهاية ، أن يبقى التزام الكفيل قائماً إذا انتضى الالتزام عن المدين الأصلي ، أياً كان سبب هذا الانتضاء . فذمة الكفيل تبرا بمجرد براءة ذمة المدين (المادة ٧٨٢ / ١) ^(٣) .

من كل ما سبق بين أن التضامن ، وإن تشابه مع الكفالة في أن كلا منهما يمنح الدائن تأمناً شخصياً في استيفائه دينه عن طريق تمسكه من استيفائه من أشخاص متعددين ، إلا أن الخلاف بينهما جوهري وكبير . وقد تقل شدة هذا الخلاف إذا انصفت الكفالة بالتضامن ، أي إذا التزم الكفيل بالتضامن مع المدين . ولكن هذا الخلاف حتى في هذه الحالة لا يزول . فالكفيل المتضامن في علاقته مع الدائن لا يصل إلى مرتبة المدين المتضامن . إذ أن تضامن الكفيل لا يحرمه في علاقته مع الدائن ، إلا من المزايا الناشئة عن كون التزامه يأتي في المرتبة الثانية بعد التزام المدين . فهو يحرم فقط من حقه في التمسك بوجوب البدء بالرجوع على المدين ومن حقه في التمسك بوجوب تحريم المدين من أمواله قبل التنفيذ على أمواله . أما صفة التبعية التي يتسم بها التزام الكفيل بالنسبة إلى التزام المدين المكفول ، فتبقى قائمة لا تمس ، رغم التضامن الذي يرد على الكفالة . وبهذا تبقى الفروق التي

(١) وذلك مع استثناء الحالة التي تحصل فيها الكفالة بسبب نقص أهلية المدين (المادة ٧٧٧)

أنظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والمالية ، نبذة ٢٨ وما بعدها .

بناءً على بين التزام المدين المتضامن والتزام الكفيل والتي تنشأ من صفة التبعية التي ينقسم بها التأثر ، حتى في حالة تضامن الكفيل مع المدين ^(١) .

بموجب ويلاحظ أن كل ما ذكرناه ، في صدد التفرقة بين التزام الكفيل المتضامن والتزام المدين المتضامن ، ينصب على علاقة الكفيل المتضامن بالدائن أما إذا تعدد الكفلاء واشترط التضامن فيما بينهم ، فإنهم يعتبرون في علاقاتهم مع بعضهم البعض مجرد مدينين متضامين ، وتطبق عليهم قواعد التضامن كاملة . ذلك لأن الكفلاء ، في علاقاتهم مع بعضهم البعض ، لا يعتبرون كفلاء ، بل مجرد مدينين بدين معين . هو ضمان الوفاء بالتزام المكفول ^(٢) .

١٦٢ - مصدر التضامن

عرفنا عما سبق ما لاتصاف الالتزام بالتضامن من أثر خطير ، يتركز في بقاء الالتزام واحداً لا ينقسم برغم تعدد المدينين أو الدائنين وكان طبيعياً ، والحال هذه أن يتشدد القانون في وجوده . لجاء يقضى في المادة ٢٧٩ منه بأن : « التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون » .

وهكذا لا ينشأ التضامن ، إيجابياً كان أو سلبياً ، إلا إذا اشترطه الاتفاق أو قضى به نص خاص في القانون .

١٦٤ - أولا : اشتراط التضامن باتفاق

فالاتفاق هو المصدر الأول للتضامن . وهو المصدر الغالب في العمل ؛

(١) راجع في التفرقة بين الدين التضامن والكفيل التضامن ، مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نة ٧١ .

(٢) أنظر : نفس ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام التقض ج ٥ ص ٥٠ رقم ٢٤ .

إذا أن معظم الحالات العملة التي يتقرر فيها التضامن ترتد إلى اشتراطه بين الدائن والمدينين .

والغالب أن يتفق على التضامن في ذات العقد الذي يولد الالتزام ، كما إذا أقرض شخص مبلغاً من المال لعدة أشخاص آخرين ، واشترط التضامن بينهم في نفس عقد القرض . ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق الدائن والمدينون على التضامن في عقد لاحق لنشأة الالتزام الأصلي .

وفي جميع الأحوال يلزم ، للقول بوجود التضامن نتيجة الاتفاق على اشتراطه ، أن يكون هذا الاتفاق قاطعاً في الدلالة عليه . فإن ثار شك في استخلاص إرادة الدائن والمدينين حول ما إذا كانت ترضي التضامن أو لا ترضيه ، وجب أن يؤول لنفيه لا لانقضائه . فالتضامن ، كما يقول المادة ٢٧٩ ، لا يفترض . إذا هو استثناء يرد على الوضع العادي الذي ينطوي على انقسام الدين عند تعدد المدينين ، والاستثناء لا يفترض ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه .

وعدم افتراض التضامن في المسائل المدنية حقيقة مسلبة لا يجعلها أحد . أما في المسائل التجارية ، فقد ثار الخلاف بصدده . فالسائد في فرنسا فقهاً وقضاء أن عدم افتراض التضامن مقصور على المسائل المدنية دون التجارية . وبني الفرنسيون رأيهم هذا على عرف مستقر في بلادهم من قديم ، حتى قبل وضع مجموعاتهم في مستهل القرن التاسع عشر . وقد وجد هذا الرأي صداه في مصر ، حيث قال البعض بأن التضامن في المسائل التجارية ، بخلاف الحال .

(١) وفي هذه الحالة ، يحصل تحديد للالتزامات التي نشأت متضمنة بالالتزام موحد يتعطف بالتضامن . فإذا أقرض زيد مثلاً ، ٣٠٠ جنيه لسكك من بكر وخالد وعمر ، دون أن يشترط التضامن بينهم ، نشأت ثلاثة التزامات لا واحد غيب ؟ إذ أن كلام المقترضين يجعل بدين قدره ١٠٠ جنيه . فإذا اتفق بعد ذلك زيد مع كل من بكر وخالد وعمر على اشتراط التضامن بينهم في مبلغ ٣٠٠ جنيه ، فإن مؤدى هذا الاتفاق هو زوال الديون الثلاثة التي يبلغ مقدار كل منها ١٠٠ جنيه ، وحلول دين موحد مجزأ قدره ٣٠٠ جنيه يلزم به كل من المدينين الثلاثة على سبيل التضامن .

في المسائل المدنية، يفترض، بحيث أنه يتحتم القول بوجوده فيها إلا إذا اتفق ذوو الشأن على استبعاده. فإذا اشترى ثلاثة تجار، مثلاً، بضاعة، اعتبروا، بحسب الرأي الذي نعرضه، متضامنين في الوفاء بالثمن، ما لم يوجد شرط يقضي باستبعاد تضامهم. والرأي الذي يقول بافتراض التضامن في المسائل التجارية يبدو لنا على غير أساس، بالنسبة إلى قانوننا المصري. فستد هذا الرأي في فرنسا. وهو العرف التجاري المستقر، لا يوجد لدينا، على الأقل بالنسبة لافتراض التضامن في المسائل التجارية كبداً عام. ثم إن التقنين التجاري نص على التضامن في حالات خاصة، وما كان له أن يفعل ذلك، لو أن التضامن فيه مفترض بدون حاجة إلى نص خاص. وفضلاً عن كل ذلك، نعلم أننا نقتننا المدني قاضياً، على وجه العموم والشمول، بأن التضامن لا يفترض، من غير أن يستثنى المسائل التجارية من حكمه؛ في حين أنه كثيراً ما يستثنى المسائل التجارية من الحكم الذي يقضي به إذ تبين التفرع بينها وبين المسائل المدنية بالنسبة إليه. من كل هذا نخلص إلى أن عدم افتراض التضامن يسرى في الوقت الحاضر، بالنسبة إلى المسائل المدنية والتجارية على السواء.^(١)

وإذا قلنا إن التضامن لا يفترض، فليس معنى ذلك وجوب اشتراطه بصيغة معينة أو بألفاظ خاصة^(٢)، فالمسألة لا تعدون أن تكون مسألة تفسير لمعرفة نية المتعاقدين؛ وهي مسألة لقاضي الموضوع الحرية في تقديرها. كل ما يلزم هو أن يكون الشرط قاطعاً في دلالته على التضامن من غير أن يكسفه شك في ذلك.

(١) وقد تضمن مشروع القانون التجاري الموحد لاقليم الجمهورية، مصر وسوريا، والذي يعد الآن، لمأقضى بافتراض التضامن في المسائل التجارية.

(٢) وقد حكم بأن استعمال لفظ «غروم» لا يفيد التضامن (استئناف مخطوط ٥ فبراير سنة ١٩٠٨ ب ٣٠ من ٢٠٢). وقضت محكمة بنى سوف الابتدائية في ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٩ (الحكمة ٩ رقم ٩٠٥ من ١١١٥) بأن عبارة «شمان المستأجر في سداد مبلغ الأجرة وكل ما يتأخر طرفه ضمان حضور وغروم وإلزام كمنه» الواردة في ذيل عقد الإيجار تخيد دعة الموقع عليها في الالتزام ككفيل متضامن.

بل إنه لا يلزم ، للقول بالتضامن أن يكون هناك شرط صريح يقضى به
فيكفي أن يستخلص الرضاء به ضمنا من ظروف الحال . مادامت تلك
الظروف قاطعة في الدلالة عليه^(١)

١٦٥ - ثانيا : تقرير التضامن بنفس في القانون ثم يقضى به بالتمسك
وتقريره في
لا ينشأ التضامن من الاتفاق وحده . فقد يقضى به القانون مباشرة بنص
خاص . وهو يفعل ذلك في الحالات التي يرى فيها الدائن جديراً برعايته ،
فيفرض التضامن على مدينه ، رغبة منه في توفير الضمان له في استيفاء حقه .

والنصوص التي تقرر التضامن بين المدينين ليست قليلة . وهي متناثرة
في التقنينات والتشريعات المختلفة . ونسوق منها ، على سبيل المثال : نص المادة
١٦٩ الذي يقضى بأنه : « إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين
في التزامهم بتعويض الضرر » . [ونص المادة ٦٥١ الذي يقرر التضامن بين
المهندس والمقاول المعماري بالنسبة إلى تعويض الضرر الناشئ عن تهمد
المباني والمنشآت التي يشتركون في تشييدها خلال عشر سنوات . ونص
المادة ٢/١٩٢ الذي ينص على أنه : « ٣ - إذا تعدد الفضوليون في القيام
بعمل واحد ، كانوا متضامنين في المسؤولية » . ونص المادة ٧٠٧ الذي يقضى
بتضامن الوكلاء عند تعددهم . ونص المادة ٧٠٨ الذي يقضى بتضامن الوكيل
ونائبه عن عمل هذا الأخير ، إذا حصلت تلك النيابة بدون ترخيص
من الموكل . ونص المادة ٧٩٥ الذي يقول : « في الكفالة القضائية أو القانونية
يكون الكفلاء دائماً متضامنين »^(٢) . وكل الأمثلة السابقة مستقاة من التقنين

(١) أنظر نفس ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض س ٣

رقم ١٤٢ ص ٤٨٨ .

(٢) وهنا يتم تضامن الكفيل القانوني أو القضائي مع المدين ومع غيره من الكفلاء إذا
تعددوا . أنظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، خبفة ٢٠ .

المدنى . وتوجد فى التقنيات الأخرى ، لاسيما التقنين التجارى ، أمثلة أخرى عديدة (١) .

١٦٦ وفى جميع الأحوال التى ينص القانون فيها على التضامن ، لا يسوغ التوسع فى تفسير النص ولا يسوغ القياس على حكمه . إذ التضامن ، كما بيننا ، استثناء ، والاستثناء لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يودى إليه .

١٦٦ - آثار التضامن

بيننا فيما سبق مصدر التضامن . وعلينا هنا أن نحدد آثاره إذا ما وجد . وهو ينتج آثاراً فى العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين ، وآثاراً أخرى بين المدينين فيما بينهم وبين بعض . وتتناول هذين النوعين من الآثار ، وذلك فيما يلى :

١٦٧ - (١) آثار التضامن فى عمدة الدائن بالمدينين

ترجع الآثار التى تولد عن التضامن السلى فى العلاقة بين الدائن والمدينين إلى مبادئ ثلاثة أساسية : وحدة الدين وتعدد الروابط وقام تبادل بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . وتتناول كلامنا هذه المبادئ على حدة ، مستخلصين النتائج المترتبة عليه .

١٦٨ - (أولاً : وحدة الدين)

٣ الأساس الأول الذى يقوم عليه التضامن ، فى العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين ، هو وحدة الدين . فالتضامن ، كما بينا ، يحول دون انقسام الدين على المدينين المتضامنين ، فى علاقتهم مع الدائن . فبقى هذا الدين واحداً ،

(١) فى التقنين التجارى نسوق المواد ٢٢ و ٢٣ و ٢٩ و ٣٠ التى تقرر التضامن بين الشركاء فى شركة التضامن وشركة التوسية ، والمادة ٥٧ التى تقرر التضامن بين مبرى الشركات المساهمة ، والمادة ٢٥٤ التى تقرر التضامن بين وكلاء التفليسة عند تدهدهم . وفى هذين المرافعات ، تقرر المادة ٣٥٧ التضامن فى مصروفات الدعوى . وفى التقنين الجنائى ، تقرر المادة ٤٤ التضامن فى استيفاء الترامات النسبية .

وإن أثقل كلام من المدينين . وهكذا يلتزم كل دين ، في مواجهة الدائن بالدین
كاملاً غير منقسم . ثم إن المدينين جميعاً وإن واحد منهم يلتزمون إزاء الدائن
بأداء نفس الشيء . وتترتب على هذه الفكرة النتائج الهامة الآتية :

١ - للدائن أن يطالب كل من المدينين المتضامنين وأى واحد منهم
بالدين كاملاً . وهذا ما يجوز له أن يوجه مطالبة ، بالنسبة إلى الدين بأسره ،
إلى المدينين جميعهم أو إلى بعضهم ، مجتمعين أو منفردين . فللدائن هنا الخيار
المطلق ، هو يختار المدين الذى يرجع عليه دينه كاملاً . وفى ذلك تقضى
المادة ١/٢٨٥ بأنه : ١٠ - يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين
مجتمعين أو منفردين

فإذا كان ثمة دين مقرر لصالح (١) مقداره ٣٠٠ جنيه ، مثلاً ، والتمزم به
كل من (ب) و (ج) و (د) بالتضامن ، حق للدائن (١) أن يوجه مطالبة
إلى جميع مدينيه أو إلى أى واحد منهم . وفى جميع الأحوال يسوغ للدائن أن
يطلب الحكم على كل واحد من المدينين الذى يرجع عليه بمقدار الدين
كاملاً ، أى بثلاثمائة جنيه ، وأن ينفذ على أمواله استيفاء لهذا القدر كله ،
مع ملاحظة ألا ينال أكثر من مقدار الدين بطبيعة الحال . وإذا وجه الدائن
مطالبته إلى أحد المدينين ، بالنسبة إلى الدين كله ، ما ساع لهذا الأخير أن يدفع
بتقسيم الدين عليه وعلى زملائه ؛ إذ هو يلتزم ، فى مواجهة الدائن بالدين كاملاً
غير منقسم . وإذا وجه الدائن مطالبته إلى أحد المدينين ، ثم لم يفلح فى استيفائه
الدين منه كله أو بعضه ، حق له أن يعود لمطالبة المدينين الآخرين ، وأى
واحد منهم يشاؤه ، بما بقى من الدين ^(١) .

هذا هو الأثر الأساسى الذى يترتب التضامن بين المدينين . وهو له ومعقل
القوة فيه . فهناك الدائن خطر إغساره بعض مدينيه . إذ أنه يستطيع اقتضاء
حقه كاملاً مادام واحد فقط من مدينيه مؤسراً مقتدرأ .

(١) وهذا بخلاف الحكم فى القانون الرومانى ، حيث كان يقرر أن خصامة الدائن لأحد
المدينين وحجم دينه يحد من الدين .

وإذا مات أحد المدينين المتضامنين ، فإن موته لا يمنع الدائن من أن يطالب تركته بكل الدين . فإن وزعت أمواله على ورثته قبل تسوية ديونه ، حق للدائن أن ينفذ على أي من هذه الأموال بالدين كله ، دون أن يكون للوارث الذي يوجد هذا المال في يده وجه قانوني لدفع هذا التنفيذ . ويلاحظ أن هذا الحكم لا يتفق مع نظام المتضامن . إذ أن مؤدى هذا النظام ألا يحول دون انقسام الدين بين الورثة ، بخلاف الحكم في الحالة التي يكون فيها الالتزام غير قابل للانقسام . وقد أخذ قانوننا هذه الفكرة في التضامن الإيجابي ، حيث قرر أن الحق ينتقل إلى ورثة الدائن المتضامن منقسماً بينهم بنسبة أنصابهم في التركة (المادة ٢٨٠/٢) . وكان من شأن منطق المتضامن أن يعمل هذه الفكرة أيضاً في التضامن بين المدينين ، فينقسم الدين على ورثة المدين^(١) . وإنما حال دون الأخذ بها في قانوننا المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه توزيع التركات عندنا ، وهو مبدأ : لا تركة إلا بعد سداد الديون^(٢) . فالتركة تبقى قائمة دون أن توزع أموالها على الورثة ، حتى تسدد جميع ديون المتوفى . وهكذا تبقى التركة متقلة بالدين التضامني كاملاً إلى أن ينقضي .

٢ - والآثر الثاني الذي يترتب على وحدة الدين هو أن وفاءه من أحد المدينين المتضامنين يبرئ الباقيين في علاقتهم مع الدائن . فالدائن ، وإن تعدد مدينوه ، ليس له إلا حق واحد . فإن جاء أحد المدينين ووفاه له ، انقضى حقه ، ورثت ذمة المدينين جميعاً في علاقتهم به . وفي ذلك تقضي المادة ٢٨٤

(١) وهذا هو الحكم المقرر في القانون الفرنسي ، حيث يوزع الدين التضامني على ورثة المدين المتضامن بنسبة أنصابهم في التركة .

(٢) تضمنت المادة ٤٠٨/٢ من المصروع التهدي نصاً يقضي بإقسام الدين التضامني على ورثة الدين المتضامن ، تحمياً مع منطق نظام التضامن ؛ إذا جاءت هذه المادة تقول : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » . ولكن حكم هذا النص يتناقض عن المبدأ الذي استقبلناه من العريضة الإسلامية وخطاه أساساً لتوزيع التركة ، وهذا هو مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون . ومن أجل ذلك حذف في لجنة المراجعة ، وجاء في تقرير حذفه أنه لا يتفق مع أحكام العريضة الإسلامية في الميراث . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٣ ص ٦٣ .

بأنه : « إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم بالدين مبرىء لئمة
الباقين » .

وغنى عن البيان أن ذمة المدينين لا تبرا ، في علاقتهم مع الدائن ، إلا إذا
كان الوفاء الحاصل منهم أو من بعضهم كسأ في فإن كان هذا الوفاء جزئياً ،
بمعنى أن الدائن لم يأخذ إلا جزءاً من دينه ، ما برئت ذمة المدينين ، إلا بنسبة
الجزء المدفوع من الدين .

وبأخذ حكم الوفاء بالدين التضامنى انقضاؤه بالأسباب التى تعادل الوفاء ،
أى الأسباب التى يستوفى فيها الدائن حقه عن طريق آخر غير أداء نفس
موضوع الالتزام .

ومن أسباب الانقضاء التى تعادل الوفاء تجديد الالتزام بآخر يحل محله .
فإنما يعتبر الدائن أنه استوفى دينه القديم عن طريق استبداله بدين جديد يحل
محله . وهكذا فالأصل فى تجديد الالتزام التضامنى الذى يرضيه أحد المدينين
أن يترتب عليه براءة ذمة الباقين . والسبب فى ذلك أن التجديد ينهى الالتزام
القديم ، اعتباراً بأن الدائن قد استوفاه ، عن طريق ثبوت حقه الجديد الذى
حل محل الالتزام القديم . وتستثنى من الحكم السابق الحالة التى يرضى فيها
المدينون بالالتزام بالدين الجديد ، إذ أن رضاهم هذا يجعلهم ملتزمين بهذا
الدين . وتستثنى من هذا الحكم أيضاً الحالة التى يشترط فيها الدائن ،
عند قبول التجديد المبرم بينه وبين أحد المدينين ، الاحتفاظ بحقه قبل باقهم ؛
ففى هذه الحالة ، يعتبر التجديد مقصوراً على الدين التضامنى فى العلاقة بين الدائن
والمدين الذى ارتضاه ، فلا يمس هذا الدين فى العلاقة بين الدائن وبين المدينين
الآخرين . وقد ركز المشرع حكم التجديد الذى يرد على الالتزام التضامنى
بقوله فى المادة ٢٨٦ بأنه : « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين
التضامنين أن تبرا ذمة باقى المدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » .

ومن أسباب انقضاء الالتزام التى تعادله الوفاء أيضاً المقاصة . والمقاصة

نظام مؤداه أن يكون ثمة شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له في نفس الوقت ، فيتقاص الدينان ، بمعنى أنها بتقضان في حدود الأقل منهما .
وختلف أثر المقاصة ، بالنسبة إلى الدين التضامني ، باختلاف ما إذا كان المدين المتضامن يتمسك بها نتيجة كونه هو بدوره دائنًا للدائن ، أم أنه يتمسك بها نتيجة أن لأحد غيره من المدينين المتضامنين حقاً على الدائن .

فإن طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين ، وكان لهذا دين عليه ، حق له (للمدين المتضامن) أن يتمسك في مواجهته بالمقاصة بالنسبة إلى كل دينه ؛ فإن كان دينه يبلغ في مقداره مقدار الدين التضامني أو يزيد عليه ، برئت ذمته من الدين كله ، وبرئت ذمة المدينين المتضامنين معه في علاقتهم مع الدائن ، مع ثبوت الحق لمن يتمسك بالمقاصة بأن يرجع على كل منهم فيما بعد بنصيبه في الدين . والسبب في ذلك أن الدائن يعتبر هنا أنه أستوفى الدين التضامني عن طريق تحرره من الدين الذي كان عليه للمدين الذي رجع عليه والذي يتمسك قبله بالمقاصة . فإن كان (١) ، مثلاً دائنًا لكل من (ب) و (ح) و (د) بدين قدره ٣٠٠ جنيه التزموا به على سبيل التضامن ، ثم طالب (١) دينه من (ب) ، وكان (ب) يدين بدوره (١) بدين يبلغ مقداره ٣٠٠ جنيه أو يزيد ، حمله (ب) أن يتمسك بوقوع المقاصة بين الدين التضامني الذي عليه والدين الذي له على الدائن (١) ، فتبرأ ذمته وتبرأ معها ذمة المدينين المتضامنين في علاقتهم مع الدائن .

أما إذا طالب الدائن مدناً متضامناً ، ولم يكن هذا المدين يدينه ، ولكن كان هناك مدين متضامن آخر يدين الدائن ، في هذه الحالة لا يسوغ للمدين المطالب أن يتمسك بوقوع المقاصة بين الدين التضامني والدين الناتج ضد الدائن لصالح المدين المتضامن الآخر (إلا في حدود حصة هذا الآخر من الدين التضامني) في المثال الذي ذكرناه حالا ، وإذا وجه (١) مطالبته إلى (ح) أو إلى (د) ، ما كان لهذا أو لذاك أن يتمسك بوقوع المقاصة بين الدين التضامني والدين الذي يلتزم به (١) لصالح (ب) ، إلا في حدود

حصة (ب) من الدين التضامني ، أي في حدود ١٠٠ جنيه ، ويحق ملتزماً بأن يدفع للدائن الباقي بعد ذلك من الدين ، أي ٢٠٠ جنيه وقد تضمنت المادة ٢٨٧ هذا الحكم بقولها : « لا يجوز للدين التضامني أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين » .

نماسبق بين أن تمسك المدين التضامن بالمقاصة يختلف باختلاف ما إذا كان يتمسك بها في مقابل دين ثابت له على الدائن ، أو ما إذا كان يتمسك بها في مقابل دين ثابت على هذا الأخير لمدين متضامن غيره . في الحالة الأولى ، يجوز للمدين التمسك بالمقاصة في حدود الدين الذي له . حتى إذا ما بلغ هذا الدين في مقداره الدين التضامني أوزاد عليه ، برئت ذمته من الدين التضامني كله ، وبرئت أيضاً ذمة المدينين التضامنين معه في علاقتهم مع الدائن . أما في الحالة الثانية ، فلا يجوز للمدين التضامن أن يتمسك بوقوع المقاصة بين الدين التضامني والدين الذي على الدائن لمدين متضامن آخر ، إلا في حدود حصة هذا الأخير من الدين التضامني .

وعلة التفرقة في الحالتين أن المقاصة لا تقع بقوة القانون ، بل يلزم ذلك أن يتمسك بها من له مصلحة فيها (المادة ٣٦٥) . فإذا فرضنا ، كما هو الحال في المثال السابق ، أن (١) يدين على سبيل التضامن كلا من (ب) و (ح) و (د) بمبلغ ٣٠٠ جنيه ، ثم أصبح (ب) بدوره دائناً لـ (١) بمبلغ ٣٠٠ جنيه أو أكثر ، في هذه الحالة لا تقع المقاصة بين الدين التضامني الثابت لـ (١) والدين الثابت لـ (ب) على (١) بقوة القانون . بل يبقى الدينان قائمين حتى يتمسك بوقوع المقاصة بينهما (١) أو (ب) . فإذا طالب (١) من (ب) أن يدفع له الدين التضامني ، وتمسك (ب) بالمقاصة ، انقضى الدينان كلاهما : أما إذا طالب (١) الوفاء من (ح) أو من (د) ، ما كان لهذا أولئك ، بحسب الأصل ، أن يتمسك بالمقاصة بين الدين التضامني والدين الثابت لـ (ب) على (١) . لأن مودى التضامن أنه إذا رجع الدائن على أحد المدينين ، فإنه لا يسوغ للمدين

المرجوع عليه أن يحيل الدائن على مدين آخر غيره ليستوفى منه الدين أو حتى جزء منه ، بل يلتزم بأن يدفع هو إليه الدين كاملاً . وهذا هو الحكم الذى يقرره بالفعل القانون الفرنسى ، حيث نص فى المادة ١/٢٩٤ على أنه : « لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة بما يلتزم به الدائن لمدين متضامن معه . ولكن قانوننا لاحظ وبحق أنه إذا رجع الدائن (أ) على (ح) أو (د) فى مثالنا السابق ، واستوفى منه كل الدين ، فإنه يجوز للموفى ، كإسجى . تفصيلاً فيما بعد ، أن يرجع على (ب) بحصته من الدين ، أى بمبلغ ١٠٠ جنيه ، وهنا يعود (ب) فيطالب (أ) بالدين الذى له عليه . من أجل ذلك منح قانوننا للمدين المتضامن (ح أو د فى مثالنا) ، أن يتمسك بالمقاصة بدین المدين المتضامن الآخر (ب فى مثالنا) ، فى حدود حصة هذا الأخير من الدين التضامنى ، أى ١٠٠ جنيه ، درءاً للتعقيد وتطويل الإجراءات ؛ فبذلك ينقض الدين التضامنى فى حدود حصة (ب) منه ، أى فى حدود ١٠٠ جنيه ويصير ٢٠٠ جنيه ؛ فإذا دفع (ح) ، مثلاً ، هذا القدر ، ما حق له أن يرجع بعد ذلك على (ب) بشئ ما ؛ لأن (ب) يعتبر أنه تحمل حصته من الدين التضامنى نتيجة وقوع المقاصة بين هذا الدين والدين الذى لـ (ب) على (أ) فى حدود تلك الحصة . ويبقى لـ (ح) أن يرجع على (د) بحصته من الدين ، أى بمبلغ ١٠٠ جنيه . وهكذا فصل إلى أن كلا من (ب) و (ح) و (د) يتحمل بحصته من الدين ، أى بمائة جنيه .

٣ — رأينا فيما سبق أنه يترتب على وحدة الدين التضامنى أنه يجوز للدائن أن يطالب المدينين ، وأى واحد منهم ، مجتمعين أو منفردين ، بالدين كله ، وأنه إذا استوفى الدائن حقه من أحد المدينين أو إذا استحصل عليه نتيجة التجديد أو المقاصة ، فإن ذمة المدينين جميعاً تبرا فى علاقتهم مع الدائن ،

مع حفظ حق المدين الذى تحمل غرم الدين فى الرجوع على الباقي . والآثر الأساسى الثالث الذى يترتب على وحدة الدين فى العلاقة بين الدائن والمدينين هو ثبوت الحق لكل مدين فى التمسك بالدفع المتعلقة بالالتزام التضامنى فى ذاته .

فإدام الالتزام التضامنى ديناً واحداً ، فإن كل دفع يتعلق به فى ذاته يخص كل مدين ، ويسوغ له بالتالى أن يتمسك به . وقد تضمنت المادة ٢٨٥/١ هذا الحكم بقولها فى آخرها أنه يجوز للمدين التضامن أن يحتج ، فضلاً عن أوجه الدفع الخاصة به ، بالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً ^(١) .

والدفع المتعلقة بالالتزام فى ذاته التى يجوز لكل من المدينين التمسك بها باعتيدة متنوعة ، وهى تختلف باختلاف الأحوال . وهى إما تتعلق بالالتزام ^{من} فى وجوده أو فى اتصافه بوصف بغير من أثره أو فى انقضائه أو فى نقضه . ^{بها} ومثال الدفع المتعلق بالالتزام فى وجوده ذلك الناشئ عن عدم مشروعية محله . كما إذا التزم المدينون بالوفاء بدين القمار ، وذلك الناشئ عن تخلف الرسمية عن العقد الذى ينسب إليه الالتزام عند لزومها ، كما إذا وهب عدة من أشخاص عقاراً يملكونه بعقد عرفى ، وكذلك الدفع المتعلق بفسخ العقد الذى ولد الالتزام . أما الدفع المتعلق بأوصاف الالتزام ، فمثاله أن يعلق وجود الالتزام ذاته على شرط لما يتحقق أو يقرن الوفاء به بأجل لما يحل . ومثال الدفع المتعلق بانقضاء الالتزام ، أن يكون الوفاء به قد حصل من المدينين التضامنين أو من أى واحد منهم . ومثال الدفع المتعلق بنفاذ الالتزام أن يكون الدائن محلاً بالتزام مقابل ناشئ من نفس العقد ، كما إذا باع شخص شيئاً لعدة مشترين متضامنين ، ثم طالبهم بالثمن ، دون أن يكون هو قد سلم المبيع إليهم .

(١) ويلاحظ أن الأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً تشمل نوعين من الدفع :

- ١- دفع يتعلق بالالتزام فى ذاته ، كالدفع يطلان الالتزام لاندماج محله أو لعدم مشروعيته أو الدفع يطلان العقد الذى ولد الالتزام لتخلف الرسمية عند لزومها .
- ٢- ودفع يتعلق بالمدينين ، ولكنهم يشتركون فيها جميعاً ، كما إذا كانوا جميعاً ناقصي الأهلية عند ارضائهم الدين ، أو كانوا يحتلن ضحية لبيب من عيوب الرضا .

١٦٩ - ثانياً: تعدد الروابط

تكلّمنا فيما سبق في المبدأ الأول الذى يقوم عليه التضامن في العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامين ، وهو مبدأ وحدة الدين ، وحدته النتائج الهامة المترتبة عليه . ونتناول هنا المبدأ الثانى الذى يقوم التضامن عليه ، وهو تعدد الروابط التى تجمع بين الدائن ، من ناحية ، وبين كل من المدينين ، من ناحية أخرى .

فالدائن التضامنى ، وإن كان واحداً ، إلا أنه يتحمل عدة مدينين . وهو يتحمل كل مدين نتيجة علاقة تربطه مباشرة بالدائن ، استقلالاً عن العلاقة التى تربط هذا الدائن بأى مدين متضامن آخر . من هنا نشأ مبدأنا ، وهو تعدد الروابط التى تجمع الدائن بالمدينين المتضامين واستقلالها بعضها عن البعض الآخر . ويترب على هذا المبدأ نتائج بالغة الأهمية ، هى الآتية :

١ - قد تنعيب الرابطة التى تجمع الدائن بأحد المدينين بعيوب خاصة بها ، مع بقاء الروابط الأخرى التى تجمع الدائن بكل من المدينين الآخرين سليمة خالية من تلك العيوب . فلكل رابطة عيوبها الخاصة بها . وعيوب رابطة معينة لا تنضج على رابطة أخرى . فإذا كان أحد المدينين ، عند التزامه بالاتزام التعاقدى ، ناقص الأهلية أو جاء رضائه مشوباً بالغلط أو الإكراه أو التدليس ، اعترى الفساد رابطة وحده ، دون أن يمس روابط الآخرين . ويترب على ذلك أن العقد يصح قابلاً للإبطال بالنسبة إلى ذلك المدين وحده ، مع بقاءه سليماً بالنسبة إلى الباقيين . وإذا تمسك ذلك المدين بالإبطال وحكم له به ، زال الالتزام بالنسبة إليه وحده ، وبقي كل من الآخرين ملتزماً بالدين كله .

٢ - قد تنصف رابطة أحد المدينين بالدائن بوصفها خاص بها لا تشتركها فيه الروابط الأخرى المتعلقة بغيره ، وسواء في ذلك أن ينشأ الوصف عند نشأة الالتزام ، أم في تاريخ لاحق . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يطلق وصف في ذلك الوصف الوصف الخاص بالدين

الالتزام بالنسبة لأحد المدينين على شرط أو أن يقترن بأجل ، مع بقاءه باتماً منجزاً بالنسبة إلى الآخرين . كما أنه يسوع ، إذا نشأ الالتزام غير مقترن في الأصل بأجل ، أو نشأ مقترباً بأجل ثم انقضى ، أن يمنح الدائن أجلاً لأحد المدينين دون غيره . ويجوز في النهاية أن يكون الالتزام مقترباً بأجل ثم ينقضى هذا الأجل بالنسبة إلى أحد المدينين وحده ، مع بقاءه قائماً بالنسبة إلى الآخرين . كما إذا نزل هذا المدين عنه أو سقطت النسبة إليه بسبب خاص به كإعساره أو إفلاسه . المهم في كل ذلك أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تتغير الروابط التي تجمع كل مدين بالدائن ، بالنسبة للأوصاف التي ترد عليها . وقد تضمنت المادة ١/٢٨٥ هذا الحكم ، فبعد أن منحت للدائن الحق في مطالبة كل مدين بالدين بأسره ، مجتمعين أو منفردين ، استطرت تقول : « ويراعى في ذلك ما للحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الالتزام . » وفي هذه الحالة ، تتحدد مطالبة الدائن لكل مدين بالأوصاف الخاصة به . فإذا كان الالتزام مقترباً ، مثلاً ، بأجل يخص أحد المدينين وحده ، ما ساغ للدائن أن يطالب هذا المدين قبل حلوله ، مع ثبوت حقه في مطالبة كل من المدينين الآخرين فوراً .

٣ - لا يوجد ثمة ما يمنع من أن ينقضى الالتزام التضامني بالنسبة لأحد المدينين مع بقاءه قائماً بالنسبة إلى الآخرين ، بعد استئصال حصة المدين الذي انقضى الالتزام بالنسبة إليه . ويكون ذلك في كل حالة لمس فيها سبب الانقضاء علاقة أحد المدينين وحدها . ومثاله أن يرى الدائن أحد المدينين من الدين دون الباقيين ، أو ينقضى هذا الدين بالتقادم بالنسبة إليه وحده . ففي هذه الحالة ، يبقى الدين قائماً بالنسبة إلى الباقيين ، بعد استئصال حصة المدين الذي أرى . أو الذي تقادم الدين بالنسبة إليه . وسنعود فيما بعد إلى الكلام تفصيلاً في أسباب إقضاء الالتزام التضامني .

٤ — بينا فيما سبق أن يترتب على تعدد الروابط التي تجمع بين الدائن، من ناحية، وبين كل من المدينين التضامنين، من ناحية أخرى، إمكان اختلاف تلك الروابط فيما يعترىها من الأمور المتعلقة بوجودها وصحتها أو بالأوصاف التي ترد عليها أو بانقضائها. والنتيجة المنطقية لذلك هو أنه يثبت لكل مدين أنه يتمسك وحده بأوجه الدفع المتعلقة بالرابطه الخاصة به، ولا يشاركه فيها غيره. فإذا تعيبت رابطته أحد المدينين بعيب خاص بها، كما إذا ارتضى الالتزام حالة كونه ناقص الأهلية أو حالة كونه ضحية لعب من عيوب الرضا، ثبت له وحده الحق في التمسك بنقص أهليته أو بالعيب الذي شاب رضاه. فلا يسوغ لغيره من المدينين أن يتمسك بأحد هذين الدفعين، حتى لو ابتغى بالتمسك بهما استئصال حصة المدين الذي تعيبت رابطته فهذه الحصة لاستئزول، كما بينا، ويبقى الدين كاملاً بالنسبة إلى المدينين الذين لم تعيب الروابط الخاصة بهم، وإن قد دوا حق الرجوع على ذاك الذي يقرر بإبطال الالتزام بالنسبة إليه بحصته منه. وإذا انقصف الالتزام، بالنسبة إلى أحد المدينين بوصف معين، كما إذا اقترن بأجل، كان لهذا المدين دون غيره أن يدفع مطالبة الدائن له إذا أجريت قبل حلول الأجل؛ أما الباقون، فلا يستطيعون التمسك بهذا الدفع. المهم في كل ما سبق أنه يثبت لكل مدين أن يتمسك بالدفع الناتجة من العلاقة الخاصة به ولا يشاركه فيها غيره. وقد ركز المشرع هذا الحكم في المادة ٢/٢٨٥ التي تقضى بأنه: «٢٠ — ولا يجوز للمدين الذي يطالب الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً».

هكذا بين أن الدفع التي يتمسك بها المدينون التضامنون في مواجهة دائنتهم (الاول) دفع متعلقة بالالتزام في ذاته. وهي دفع يشترك الجميع في التمسك بها. إذ أن الدين واحد، وكل ما ممسه في حد ذاته يخص كل مدين. (الثاني) دفع خاصة بأحد المدينين لتعلقها بالرابطه التي تجمع بينه وبين

الدائن . ولا يسوغ لغيره أن يتمسك بها . إذ أن الدين ، وإن كان واحداً ، إلا أنه ينقل للمدينين نتيجة روابط متعددة مستقلة .

١٧٠ - ثالثاً : النباية التبادلية بين المدينين ضد المبدأ الثالث الذى يقوم التضامن السلبى عليه هو قيام نباية تبادلية قانونية بين المدينين ، بمعنى أن كل مدين يعتبر نائباً عن غيره فيما يجزى به ، وأنه يستمد نيابته هذه من القانون مباشرة .

والنباية التبادلية بين المدينين المتضامنين من خلق القانون الفرنسى القديم . وقد قصد بها ، فى أصل نشأتها ، منفعة الدائن ، إذ كان يستهدف بها توفير الإجراءات التى يتخذها ضد مدينه ، فبدلاً من أن يوجه هذه الإجراءات إلى كل هؤلاء ، كان يكتفى منه بأن يوجهها إلى أحدهم ، حتى إذا ما فعل ، اعتبر أنه وجهها إلى الجميع ، اعتباراً بأن المدين الذى وجهت تلك الإجراءات إليه ، كان فى ذلك أصلاً عن نفسه ونائباً عن الباقين . ثم اتسع نطاق النباية التبادلية ، حتى شمل ، إلى جانب ما فيه نفع للدائن ، وبالتالى ضرر للمدينين ، ما يؤدي إلى فائدة هؤلاء الآخرين ، كما إذا تصالح أحدهم مع الدائن على نزوله عن جزء من الدين ، وكما إذا استصدر حكماً ضده . هكذا عمت النباية التبادلية ، وأصبحت ترد على ما ينفع المدينين وما يضرهم على حد سواء .

وقد أخذت مجموعة نابليون ، ومن بعدها قانوننا المصرى القديم ، بفكرة النباية التبادلية بين المدينين ، بالنسبة إلى مظهرها كلياً ، أى فيما ينفع المدينين وفيما يضرهم على حد سواء . ففي ظلمها ، يعتبر الإعذار الموجه من الدائن إلى أحد المدينين ، مثلاً ، موجهاً للجميع . وكذلك الحال بالنسبة إلى رفع الدعوى والحكم فيها . وكل ما يستتق من فكرة النباية التبادلية ، تحت ظل هذين التقنينين . إلى جانب العمل الذى يقوم على التواطؤ بين الدائن وأحد المدينين ، هو العمل الذى يترتب عليه زيادة عبء الالتزام ، كما إذا ارتضى أحد المدينين الزول عن الأجل أو ارتضى دفع فوائد لم تكن مشترطة

أو الزيادة على الفوائد المتفق عليها . فبالنسبة إلى هذه الأفعال التي تزيد من عبء الالتزام . لا تقوم النيابة التبادلية ، ويعتبر المدين عند إثباتها أنه يمثل نفسه فقط ، فلا تسرى على الباقيين إلا إذا أقروها (١) .

وتمشى قانوننا المدني الحالي ، بالنسبة إلى فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين . مع سنة التطور . فهو إن أخذ بتلك الفكرة ، إلا أنه ضيقها ووجد من نطاقها ، قاصراً إياها على ما ينفع المدينين ، دون ما يضرهم . فقانوننا يستبعد فكرة النيابة التبادلية ، حيث يسمي أعمالها إلى مركز المدينين المتضامنين ، ويترك عليها حيث يؤدي أعمالها إلى تفهمهم . هكذا تحول أساس فكرتنا من النقيض إلى النقيض ، فبعد أن ابتدعت لتوفير النفع للدائن عن طريق تقوية ضمانه ، أصبحت تحت ظل قانوننا الحالي ، تستهدف فائدة المدينين . ولا شك في أن هذا المسلك من مشرعنا يتفق مع النزعة الاشتراكية التي تقتضي العمل على ما فيه مصلحة الجانب الضعيف ، وهو هنا جانب المدينين .

هكذا بين أن التضامن السلي في قانوننا الحالي يقوم على فكرة النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . فكل عمل أو إجراء يؤديه المدين ويكون من شأنه أن ينفعه وينفع غيره من المدينين ، لا يقتصر نفعه عليه وحده ، بل يعم على الباقيين ، اعتباراً بأنه عند إجرائه كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره . أما إذا كان من شأن الإجراء الذي يتخذه أحد المدينين ، أو يتخذه الدائن ضده ، أن يضر بباقي المدينين ، فإنه لا يسرى على هؤلاء ، لاعتبار أن المدين لم يكن يمثلهم فيه .

وتطبيقات فكرة النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم عديدة . وقد تناول القانون نفسه أكثرها . ونحن بدورنا تناول تلك التطبيقات ، وذلك فيما يلي :

(١) وقد تضمنت المادة ١٢٧/١١١ من قانوننا المصري القديم هذا الحكم بقولها : « لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما ألزم به باقي المدينين » .

١- الخطأ في تنفيذ الالتزام : إذا أخطأ أحد المدينين في تنفيذ الالتزام التضامني ولم يشاركه في هذا الخطأ غيره ، تحمل وحده نتيجة هذا الخطأ . إذ هو لا يمثل باقي المدينين فيما يرتكب من أخطاء . فالخطأ يسوء من مركز المدينين . ولا نياية فيما يضرهم . وقد تضمنت المادة ٢٧٣/١ هذا الحكم بقولها : ١ - لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله ، فإذا باع ، مثلاً ، كل من (ب) و (ح) و (د) سيارة على سبيل التضامن ، ثم أهمل (ب) في حفظها حتى هلكت بخطئه ، تحمل وحده بالالتزام بالتعويض نحو المشتري أما (ح) و (د) ، فلا يسألان عن تقصير (ب) . بل إن التزامهما بتسليم السيارة ينقضي هنا ، اعتباراً بأن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليها اسبب أجنبي لا يد لهما فيه (المادة ٢٧٣) . وهكذا فالفعل الخطيء الذي يقع من أحد المدينين في تنفيذ التزامه لا يحمل بالمسؤولية إلا من ارتكبه دون الباقيين ، بل إن هذا الفعل يعتبر ، بالنسبة إلى هؤلاء ، كما لو كان قد وقع من شخص أجنبي .

٢ - الإعذار والمطالبة القضائية : تتمثل الإعذار والمطالبة القضائية تطبيقين واضحين لفكرة إعمال النياية التبادلية بين المدينين فيما يتفقهم واستبعادها فيما يضرهم ويسوء مراكرهم .

فالإعذار والمطالبة القضائية ، إذا ما وجها من الدائن إلى المدينين ، يدلان هؤلاه برخصة التقصير في تنفيذ الالتزام ، الأمر الذي يترتب عليه آثار ضاره بهم . فإن اقتصر الدائن في توجيههما على أحد المدينين ، ما اعتبر هذا نائباً فيهما عن الباقيين ، بل اعتبر وحده هو المَعذر أو الذي رفعت الدعوى عليه . فالإعذار ، مثلاً شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام ؛ فإن وجه إلى أحد المدينين دون الباقيين ، حق التعويض عليه وحده . وإن وجه الإعذار من الدائن إلى كل المدينين ، ولكن في تواريخ مختلفة ، التزم كل مدين بالتعويض عن التأخير بعد وقت معقول من وصول الإعذار إليه شخصياً . والإعذار كذلك شرط لتحمل المدين بالمصروفات القضائية ؛

فإن أعذر الدائن أحد المدينين بوجوب الوفاء بالالتزام ، ثم رفع الدعوى على الجميع ، فبادر مدين آخر بالوفاء^(١) ، تحمل المدين الذي سبق إعذاره وحده بالمصروفات القضائية . ومن آثار الإعذار أيضاً انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين ، إذا تأخر هذا عن تسليم الشيء بعد الإعذار^(٢) ؛ فإن استعار ، مثلاً ، شخصان حصاناً على سبيل التضامن ، وقام الدائن بإعذار أحدهما بوجوب رده على أثر انتهاء العارية ، وبعد ذلك نفق الحصان موتاً بقوة قاهرة ، تحمل المدين المعذر وحده تبعة الهلاك ، والنزيم بتعويض الدائن عن قيمته ، ما لم يثبت أن الحصان كان ليهلك عند المعير ، لو أنه سلم إليه (المادة ٢٠٧/٢) . أما المطالبة القضائية ، فن آثارها استحقاق الفوائد التأخيرية على المدين ؛ فإن رفعت الدعوى على أحد المدينين المتضامنين دون الباقي ، تحمل هذا وحده بالفوائد دون الباقي .

وإذا قام أحد المدينين المتضامنين بإعذار الدائن بوجوب استيفاء دينه الذي يرضه عليه ، ثم تقاعس الدائن ، اعتبر الدائن مقصراً وتحمل بالمسؤولية ، الأمر الذي يجعل تبعة الهلاك عليه ، ويوقف سريان الفوائد ، ويحول للدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر (المادة ٢٣٥) . وفي هذا كله نفع للمدينين المتضامنين . ومن ثم يعتبر المدين الذي أجرى الإعذار للدائن أنه أجراه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره .

من كل ما سبق بين أنه لا يعمل بالنيابة التبادلية بالنسبة إلى الإعذار والمطالبة القضائية لوجهين من الدائن إلى أحد المدينين ، لأن أعمالها هنا يضر بالمدينين ، وهي لا تكون فيما يضرهم . أما الإعذار الذي يوجه أحد المدينين إلى الدائن ، فعمل بالنسبة إليه فمفكرة النية التبادلية ؛ لأن من شأن أعمالها

(١) أما إذا تقاعس باقي المدينين عن الوفاء بالالتزام بعد رفع الدعوى عليهم ، تحلوا بالمصروفات القضائية مع من سبق إعذاره منهم . إذ المطالبة القضائية تعتبر بذاتها إعذاراً . راجع ما سبق ، نبذة ٤٦ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٧ و ٤٨ .

هنا أن ينفع المدينين ؛ وهي تكون فيما يجلب الخير لهم . وقد ركز المشرع كل ما سبق في المادة ٢٩٣ / ٢ التي جاءت بقول : « ٢ - وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدينين . أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن باقي المدينين يستفيدون من هذا الإعذار . »

٣ - الصلح : قد يعقد الدائن مع أحد المدينين المتضامنين صلحاً ، حسبما لنزاع قام بشأن الدين التضامني ، أو توقفاً لنزاع محتمل أن نشور يصده . وهنا يعمل بفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع باقي المدينين وليس فيما يضرهم . فإن كان في الصلح نفع لباقي المدينين ، كما إذا نزل الدائن عن بعض دينه ، اعتبر المدين الذي أجراه أصيلاً عن نفسه وفائياً عن غيره في إجراءاته . فيرتد بذلك أثر الصلح على باقي المدينين ، حيث أنهم يعتبرون أطرافاً فيه ، لكونهم ممثلين في عقده بالمدين الذي ناب عنهم في إبرامه . أما إذا كان من شأن الصلح الذي يعقده أحد المدينين أن يضر بالباقيين ، كما إذا رتب في ذمتهم التزاماً يزيد عما هم ملتزمون به ، أو سوء من مركزهم بأية صورة أخرى ، ما سرى هذا الصلح إلا على المدين الذي أبرمه ؛ فهو لا يسرى على باقي المدينين ، ما لم يقرره . وفي ذلك تقضى المادة ٢٩٤ بأنه : « إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة النعمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه . »

ويلاحظ أن الصلح يقوم في أساسه على نزول كل من طرفيه على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (المادة ٥٤٩ هـ) . فهو بالضرورة لا يكون خيراً محضاً ولا ضراً محضاً لمن يجريه . فإن عقده الدائن مع أحد المدينين المتضامنين : كان للباقيين أن يقدروا نتيجته في مجموعه بالنسبة إليهم . فإن رأوا أن النفع الذي يربته لهم يزيد على الضرر الذي يلحقه بهم ، كان لهم أن يحتجوا به

في مواجهة الدائن ، اعتباراً ، بأن الصلح في مجموعه ينفعهم وأن النيابة التبادلية تكون فيما يعود عليهم بالخير ؛ وهنا يسرى في حقهم الصلح بكل شروطه ، حتى ما يترتب عنه ضرر لهم . وإن رأى باقي المدينين أن الصلح الذي عقده المدين المتضامن معهم يتمحض في مجموعه عن ضرر لهم ، كان لهم أن يطرحوه كلية ، اعتباراً بأن المدين الذي عقده لم يكن يمثلهم فيه ؛ وهنا لا يفيدون من الشروط التي من شأنها أن تنفعهم ، لاعتبار الصلح في مجموعه غير سار في حقهم . وهكذا فالصلح الذي يعقده الدائن مع أحد المدينين ، إما أن يسرى كله في حق الباقيين إعمالاً لفكرة النيابة التبادلية ، وإما أن يستبعد عنهم حكمه في كل ما يقضي به . فلا يسوغ لباقي المدينين أن يأخذوا من الصلح الذي عقده المدين المتضامن معهم ما ينفعهم وأن يطرحوا منه ما يضرهم . إذ أن الصلح لا يقبل التجزئة . والمدينون المتضامنون هم الذين بقدرهم ما إذا كان الصلح يتمحض في مجموعه عن الخير أو الشر لهم فليس وحدهم أن يتمسكوا بهذا الصلح أو يطرحوه ، فاختار لا يثبت للدائن ولا للقاضي .

ويلاحظ أيضاً أن القاعدة التي مؤداها تحويل المدينين المتضامين الحق في التمسك بالصلح الذي يعقده أحدهم تأسيساً على فكرة النيابة التبادلية بينهم ؛ يلاحظ أن هذه القاعدة لا تسرى إلا بالنسبة إلى الصلح العادي ، أي ذاك الذي يقوم على حسم نزاع قائم أو محتمل أن يقوم بشأن الدين التضامني . فهي لا تسرى بالنسبة إلى الصلح الذي يعقده أحد المدينين مع مجموع دائئيه ، توكلاً لإفلاسه أو إنهاء لهذا الإفلاس ، إن كان تاجراً . فالصلح الذي يعقد مع المفسد لا يعتبر صلحاً ، بالمعنى الدقيق . فهو لا يحسم نزاعاً . إنما هو يستهدف من جانب الدائئيين ضمان استيفاء ديونهم أو بعضها ، عن طريق إعادة المدين إلى نشاطه التجاري ، بعد تخفيف عبء الديون عليه ، نتيجة الزول عن جزء منها ، أو منح المدين أجلاً في الوفاء بها . وعلى هذا فلا يستفيد المدينون المتضامنون من الصلح الذي يعقده أحدهم مع مجموع دائئيه توكلاً لإفلاسه أو لإنهاء هذا الإفلاس بعد شهره . وفي ذلك تقضي المادة ٣٤٩ تجاري بأن للدائن مطالبة

الشركاء في الدين يتام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس^(١). ويقصد بالشركاء في الدين المدينون المتضامنون فيه والكفلاء^(٢).

٤ - الإقرار بالدين : إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين التضامني ، حالة كون الباقي ينازعون فيه ، ما سرى إقراره عليهم . لأن من شأن أعمال هذا الإقرار في حقهم أن يسيء إلى مركزهم . ولا نيابة عنهم لمدين معهم فيما يضرهم . وقد تضمنت المادة ١/٢٩٥ هذا الحكم بقولها : « إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقي » . أما إذا صدر الإقرار من الدائن إلى أحد المدينين ، وكان من شأن إعماله بالنسبة إلى الباقي أن يخفف العبء عليهم ، كما إذا أقر الدائن بعدم وجود الدين ، فإن باقى المدينين يفيدون من هذا الإقرار ، اعتباراً بأن المدين الذى تلقاه كان يتوب عنهم في ذلك .

٥ - اليمين : تتضمن المادة ٢٩٥ في فقرتها الثانية والثالثة تطبيقاً لفكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم ، وذلك بالنسبة إلى اليمين الحاسمة التى توجهها أحدهم إلى الدائن أو توجه إليه منه ، وهى تقضى في هذا الصدد بأنه : « ٢ - وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمناً ، فلا يضر بذلك باقى المدينين » ٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين خلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك .

فاليمين الحاسمة إما أن توجه من الدائن إلى أحد المدينين ، وإما أن توجه من أحد المدينين إلى الدائن . وفي جميع الأحوال يفيد باقى المدينين من توجيه اليمين ولا يضارون بها ، على أساس النيابة التبادلية فيما ينفعهم فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . فإن وجه الدائن إلى أحد المدينين اليمين الحاسمة ، فشكل

(١) أنظر أيضاً المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ الخاص بالصلح الواقع من الإفلاس .

(٢) أنظر فيما يتعلق ببقاء الكفيل ملتزماً بكل الدين بالرغم من التزول عن بعضه للمدين

المفلس نتيجة الصلح منه : مؤلفات التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ١٤٠ .

عن حلفها . فلا يضار الباقر بنكوله ، أما إذا حلفها ، أفاد الباقر من حلفه . وإذا وجه أحد المدينين اليمين إلى الدائن حلفها ، فلا يضار باقي المدينين بحلفه ، أما إذا نكل الدائن عن اليمين ، أفاد كل من المدينين من نكوله .

ويلاحظ ، كما يقول المادة ٢٩٥/٣ ، أن باقي المدينين لا يفيدون من حلف أحدهم اليمين ، إلا إذا اقتصر الدائن على توجيهها إليه وحده . لأنه هنا يمكن اعتبار المدين ، عند حلف اليمين ، نائباً عن غيره . أما إذا وجه الدائن اليمين إلى جميع مدينه ، فإن معنى ذلك أنه يشترط أداءها من الجميع ، فلا تقوم نيابة بعضهم عن البعض الآخر . فإذا حلف أحد المدينين اليمين وحده ، ما استطاع الباقر أن يمتنعوا عن حلفها بدورهم ، بمقولة أن الحالف نائب عنهم في حلفها ، فإن فعلوا ، اعتبروا ناكين عن اليمين وخسروا الدعوى بالنسبة إليهم ، في حين أن المدين الذي حلف اليمين بكسبها بالنسبة إليه وحده .

٦ - الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه : يعمل بفكرة النواة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما يفهمهم وليس فيما يضرهم ، ليس فقط في التصرفات والجزاءات التي توجهها أحدهم إلى الدائن أو توجه إليه منه ، بل أيضاً بالنسبة إلى الأحكام التي تصدر عليه أو له .

فإذا قامت الدعوى بين الدائن وبين أحد المدينين المتضامنين دون الباقرين ، وصدر الحكم ضد هذا المدين ، حتى لو صدر في امر يس التضماني في ذاته ، كما لو قضى بصحته ، فلا يضار الباقر بهذا الحكم ^(١) ، ولا يسوغ

(١) على أنه يجوز لباقر المدينين هنا أن يترضوا على الحكم الصادر ضد زميلهم ، عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها (المادة ٢/٤٥٠ مرافعات) . صحيح أن الحكم لا يكون له هنا حجية على باقي المدينين التضامنين ، حتى إذا ما وفي زميلهم المحكوم عليه بالدين خضوعاً للحكم ، كان لهم ، إذا ما رجع عليهم بانصيائهم فيه ، أن يتمسكوا قبله بجميع المدفوع التي كان يسوغ لهم أن يتمسكوا بها في مواجهة الدائن ، لو أنه هو الذي خاصهم . ولكن قد يكون في مصلحة باقي المدينين البادرة بالدفاع عن حقوقهم في مواجهة الدائن ، حتى يخلصوا على حقوقهم ، من ناحية ، ومنعاً من تأثير القضاء بالحكم الصادر ضد زميلهم من حيث الواقع لالتقون ، من ناحية أخرى . من أجل ذلك تمنحهم القانون الاعتراض على هذا الحكم . فإن فعلوا ، طرحت الخصومة من جديد على المحكمة ، وجرت في مواجهتهم (المادة ٤٥٥ مرافعات) .

للدائن أن يحتج به عليهم، لأن المدين لا يعتبر هنا ممثلاً إلا لنفسه؛ فهو لا ينوب عن الآخرين؛ إذ أن النيابة لا تكون إلا فيما ينفع هؤلاء؛ والقرض أن، الحكم يضرهم. وفي ذلك تقضى المادة ٢٩٦/١ بأنه: «إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين». من أجل هذا كان من مصلحة الدائن أن يختص كل المدينين في الدعوى، حتى يحوز الحكم الصادر له فيها حجته قلمياً^(١).

وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامين، كما لو قضى برفض الدين كلياً أو جزئياً، استفاد الباقيون من هذا الحكم. وليس في هذا استثناء لمبدأ نسيئة أثر الأحكام، بمعنى عدم الاحتجاج بها إلا على من كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها. فباقي المدينين يعتبرون هنا أطرافاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم لصالح زميلهم، اعتباراً بأن هذا كان ممثلاً فيها، لنيابته عنهم. وغنى عن البيان أن باقي المدينين لا يفيدون من الحكم الصادر لصالح زميلهم إلا إذا مس أمراً يتعلق بهم جميعاً، كما لو قضى ببطالان الدين التضامني لعدم مشروعية موضوعه أو لتخلف الرسمية عن العقد الذي ولده عندل ومها. أما إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين تأسيساً على سبب يخصه وحده، كما لو صدر ببطالان العقد بالنسبة إليه، بناء على نقص أهليته أو عيب شاب رضاه وحده، فإن باقي المدينين لا يفيدون من هذا الحكم بالضرورة. هكذا يفيد المدينون المتضامنون من الحكم الصادر

(١) وإذا اخصص الدائن المدينين التضامين جميعاً، وصدر الحكم لصالحه ضدهم، ثم قام الدائن بإعلان الحكم لبعضهم، ما سرى لإعلانه هذا على الباقيين. لأن إعلان الحكم يسمى إلى مركزهم، حيث يترتب عليه بدء مواعيد الطعن في الحكم، والنيابة التبادلية لا تقوم فيما يضر. وهكذا قد تختلف مواعيد الطعن في الحكم بالنسبة إلى المدينين. فإن قام أحدهم بإجراء الطعن في اليباد بالنسبة إليه، اعتبر أنه ينوب عن الباقيين في إجراءاته في كل ما من شأنه أن يفيدهم. ولهذا يسوغ للباقيين، حتى من فوت اليباد بالنسبة إليه، بل حتى من نيل الحكم، أن يقوم زميله الذي طعن فيه، بمرط أن يبنى طعنه على سبب مشترك يكون الدين الطاعن قد بني طعنه بدوره عليه (أنظر المادة ٣٨٤ مرافعاتكم).

لصالح أحدهم ، إذا أسس على سبب يشتركون فيه ، ولا يفيدون منه إذا بنى على سبب خاص بالمحكوم له دونهم . وقد ركر المشرع هذا الأمر في المادة ٢/٢٩٦ ، حيث جاءت تقول : « ٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم (أحد المدينين المتضامنين) فيستفيد منه الباقي ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه » .

٧١ - انقطاع التقادم ووقته بالنسبة إلى أحد المدينين : إذا انقطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين وحده ، كما إذا أقر بالمدين ، أو رفع الدائن الدعوى عليه ، أو أوقع الحجر على أمواله ، فلا يسرى هذا الانقطاع إلا عليه وحده ، ولمنتع على الدائن أن يحتج به الباقي . وكذلك الشأن بالنسبة إلى وقف التقادم . فإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين ، كما إذا وجد بينه وبين الدائن مانع مادي أو أدبي تتعذر معه مطالبته ، فإن هذا المدين وحده هو الذي يضار بالوقف ، فلا يسوغ للدائن أن يحتج به في مواجهة الآخرين . وفي هذا تقضي المادة ٢/٢٩٢ بأنه : « وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانها بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين » .

والسبب في عدم سريان انقطاع التقادم ووقته الحاصلين بالنسبة إلى أحد المدينين على الباقي أن من شأن هذين الأمرين الإضرار بهما . فانهقطاع التقادم يؤدي إلى إهدار المدة السابقة عليه وعدم احتسابها . ووقف التقادم يؤدي إلى عدم احتساب المدة التي يحصل خلالها . ومن صالح المدين أن تكتمل مدة التقادم بأسرع ما يمكن ، حتى تتساح له الفرصة في التخلل

من الدين

فإنه يترتب على عدم سريان انقطاع التقادم ووقته بالنسبة إلى أحد المدينين إضراراً بالباقي ، إن التقادم قد يكتمل بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين دون بعضهم الآخر . وسنعود إلى ذلك بعد قليل ، حينما نتناول انقضاء الالتزام التضامني بالتقادم .

١٧١ - انقضاء الالتزام التضامني

تناولنا فيما سبق الأسس الثلاثة التي يقوم عليها التضامن بين المدينين في علاقتهم مع الدائن ؛ وهي : وحدة الدين وتعدد الروابط وقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . وهذه الأسس هي التي تحدد آثار التضامن التي تستبين من خلال درستها لها . وهي بعينها التي تحكم انقضاء الالتزام التضامني .

وقد سبق لنا أن رأينا أنه يترتب على وحدة الدين أن الوفاء به ، ولو صدر من أحد المدينين ، يبرئ الجميع في علاقتهم مع الدائن . وكذلك الشأن بالنسبة إلى التجديد والمقاصة في الحدود التي بينهاها . وبقي لنا الآن أن نحدد الأثر الذي يلحق الالتزام التضامني نتيجة اتحاد الذمة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين والإبراء والتقادم الحاصلين لمصلحته وحدهم .

١٧٢ اتحاد الذمة بين المدينين وأمر المدينين

اتحاد الذمة معناه أن تجتمع صفتا الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد ، فيصير الدائن بالالتزام مدينا به ، أو المدين به دائنا ، الأمر الذي يترتب عليه بالضرورة انقضاء الالتزام (المادة ٣٧٠) . ولا صعوبة في الأمر إذا قام الدين بين دائن واحد ومدين واحد ، ثم اتحدت الذمة بين الاثنين ، إذ الالتزام هنا ينقضي كله . ولكن الأمر يدق إذا تعدد المدينون كما هي الحال في التضامن السلي ، ثم اتحدت الذمة بين الدائن وأحد المدينين دون الباقين . وهنا لا ينقضي الالتزام التضامني ، إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن . وفي هذا تقضي المادة ٢٨٨ بأنه : « إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينه المتضامنين فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين ، إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن » .

فإذا كان (١) ، مثلا ، دائنا يدين تضامني مقداره ٣٠٠ جنيه التزام به

كل من (ب) و (ج) و (د) ، بنسب متساوية ، ثم مات الدائن (١) وانحصر إرثه في (ب) ، فإن اتحاد الذمة يقع بين (١) و (ب) ، حيث إن (ب) أصبح نتيجة الميراث دائناً بالدين الذي يلتزم به مع كل من (ج) و (د) ؛ وهنا ينقضي الالتزام بقدر حصة (ب) منه ، أي بمقدار ١٠٠ جنيه ، فيصير مقداره ٢٠٠ جنيه ، يكون للدائن الجديد (ب) أن يطالب به كلاً من (ج) أو (د) ^(١) .

ويلاحظ ، في المثال الذي سردناه ، أن اتحاد الذمة وقع نتيجة خلافة أحد المدينين (ب) للدائن في حقه ، اعتباراً بأنه ورثه عنه . ويحصل اتحاد الذمة في فرنسا وفي غيرها من الدولة في صورة أخرى عكسية ، وهي الصورة التي سموت فيها أحد المدينين المتضامنين ويورثه الدائن ، اعتباراً بأن الدائن يخلف المدين في الدين ، فيصير بذلك مدينًا به مع المدينين الآخرين ، الأمر الذي يؤدي إلى انقضاء الالتزام بقدر حصة المدين الذي ورثه الدائن ، وثبت الحق لهذا الأخير في مطالبة كل من المدينين الآخرين بكل الباقي من الدين . وتحول قواعد الشريعة الإسلامية في الميراث التي تنبأها قانوننا دون العمل بهذه الصورة . إذ أن القاعدة عندنا ألا تركه ألا بعد سداد الديون . فالديون لا تنتقل من المدين بعد موته إلى ورثته . بل تبقى تركته محملة بها إلى أن تنقضي ، نتيجة الوفاء بها من أموالها . وعلى هذا فإذا مات (ب) في مثالنا السابق ، فإن الدائن (١) لا يرثه في الدين الذي كان عليه ، بل تتحمل به تركته ويكون لـ (١) أن يطلب كل دينه ، أي ٣٠٠ جنيه ، من كل من تركه (ب) أو من (ج) أو من (د) . على أنه إذا طالب (١) كل الدين من (ج) أو (د) ،

(١) يلاحظ أن الدين (ب) في هذا المثال تمسك بصفته الجديدة ، وهي أنه أصبح دائناً بالالتزام التضامني مكان (١) ، الأمر الذي خوله أن يطالب أيًا من (ج) أو (د) بكل الباقي منه ، بعد استئصال حصته أي ٢٠٠ جنيه . وللدائن (ب) سبيل آخر . فله أن يتمسك بصفته مدينًا بدلين انقضى باتحاد ذمته مع الدائن ، أي بأمن مبالغ الوفاء ؛ وهنا لا يجوز أن يطالب أيًا من (ج) أو (د) إلا بحصته من الدين أي بمقدار ١٠٠ جنيه .

وكان يوجد بين يديه (يدى ١) أموال تخلفت عن (ب) يبلغ مقدارها ١٠٠ جنيه أو أكثر ، كان لمن يدفع له الدين أن يعود فينفذ على هذه الأموال بحصة المدين المتوفى (ب) ، أى المائة جنيه ، فاختصاراً للإجراءات ، لا يكون لـ (١) ، فى مثلنا ، أن يطالب أياً من (ح) أو (د) إلا بما تبقى جنيه .

١٧٣ - الإبراء من الدين التضامنى

الإبراء فى التضامن قد يحصل فى إحدى صورتين : فهو إما أن يقع على الدين ذاته ، وإما أن يقع على التضامن حسب .

(١) الإبراء من الدين : إذا وقع الإبراء من الدين ، فهو إما أن يرد بالنسبة إلى جميع المدينين ، وإما أن يرد بالنسبة إلى بعضهم ، دون البعض الآخر .

ولا صعوبة إذا أراء الدائن جميع مدينيه . إذ الدين هنا ينقضى بالنسبة إليهم جميعاً . بيد أنه يلزم ، للقول بحصول الإبراء بالنسبة إلى كل المدينين ، أن تظهر نية الدائن فى ذلك قاطعة ، فلا يكفي أن يرد الإبراء بالنسبة إلى أحد المدينين وحده ، إذا كان الدائن لا يصرح بشمول الإبراء الباقين . إذ أنه لا يسوغ القول هنا بأن المدين المبرأ كان ينوب فى تلقى الإبراء عن الباقين ، استناداً إلى مبدأ التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم . فالدائن بتوجيه الإبراء لمدين بعينه دون الآخرين ، يريد أن يقتصر هذا الإبراء عليه وحده ، فهو لا يعرض الإبراء أصلاً بالنسبة إلى الباقين . وفى ذلك قضى المادة ٢٨٩/١ بأنه : « إذا أراء الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين ، إلا إذا صرح الدائن بذلك » .

وإذا ظهر أن الدائن يقتصر ، فى الإبراء من الدين ، على أحد المدينين دون الباقين ، فإن الدين لا ينقضى ، إلا بنسبة حصة المدين المبرأ . فلا يكون للدائن أن يطالب هذا المدين بشيء ما . أما المدينون الآخرون ، فيبقون ملتزمين بالدين ، بعد خصم حصة زميلهم المبرأ ، ويكون للدائن أن يطالب

أياً منهم بكل الباقي منه . فإذا كان (أ) دين تضامى مقداره ٣٠٠ جنيه ،
والترتب به كل من (ب) و (ج) و (د) ، ثم وقع الإبراء من الدين بالنسبة إلى
(ب) وحده ، انقضى الدين بقدر حصة هذا الأخير منه ، أى بمقدار ١٠٠ جنيه .
وبهذا يصبح الدين التضامى ٢٠٠ جنيه . ويكون الدائن أن يطالب بهذا التقدر
كله أياً من (ج) أو (د) . على أنه يسوغ للدائن ، حينئذ يبرأ أحد مدينيه
من الدين ، أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الباقيين ، بالنسبة إلى مقداره
الأصلى كاملاً . وهنا لا يفيد هؤلاء من الإبراء أصلاً ، ويبقون ملتزمين
بالدين كله . فإن كان (أ) ، حينئذ يبرأ (ب) ، فى مثالنا السابق ، قد احتفظ
بالرجوع على (ج) و (د) بالدين كاملاً ، كان له أن يرجع على أى منها بمبلغ
٣٠٠ جنيه . على أن (ج) و (د) ، وإن لم يفيدا فى حالتنا من الإبراء الحاصل
(ب) بسبب احتفاظ الدائن برجوعه عليهما بكل الدين ، فإنهما لا يضاران
بالضرورة منه ، ويبقان ، بالنسبة إلى المدين المبرأ (ب) ، فى نفس المركز الذى
كان يوجدان فيه لو أن الإبراء الحاصل له لم يقع أصلاً . وهكذا ، إذا وفى
(ج) أو (د) الدين كاملاً (٣٠٠ جنيه) ، كان له أن يرجع على المدين المبرأ
(ب) بحصته من الدين ، أى بمقدار ١٠٠ جنيه . وهكذا ينتهى الأمر ، بالنسبة
إلى المدين المبرأ (ب) ، إلى أنه لا يفيد بدوره شيئاً من إبرائه ، بالنسبة
إلى تحمل الغرم الهائى للدين (١) .

يخلص مما سبق أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين دون الباقيين ، فإن الدين
التضامى ينقضى بالنسبة إلى حصة المدين المبرأ ، ولا يكون للدائن أن يطالب
هذا الأخير بشيء ما ، ولكنه يكون له أن يطالب أياً من المدينين الآخرين
بكل الباقي من الدين بعد استئصال حصة المدين المبرأ . ويختلف الحكم ، إذا
احتفظ الدائن ، عند إبرائه المدين ، بحقه فى الرجوع على الباقيين بكل الدين .

(١) وهكذا تقتصر هنا فائدة الإبراء للمدين المبرأ على منع الدائن من مطالبة .

إذ يكون على كل من هؤلاء، في هذه الحالة، أن يوفى بالمقدار الأصلي للدين كاملاً، مع ثبوت حقه، إذا ما وافاه، في الرجوع على كل من زملائه، ومن بينهم المدين المبرأ، بحصته في الدين (المادة ٢٨٩/٢).

ويجوز احتفظ الدائن، عند ابرائه أحد المدينين، بحقه في الرجوع بالدين كاملاً على الباقيين أم لا يحتفظ به، يتحمل المدين المبرأ، رغم ابرائه، نصيبه في حصة من يعسر من المدينين الآخرين، إلا إذا أخلاه الدائن من كل مسؤولية عن الدين. إذ أنه في هذه الحالة الأخيرة، يتحمل الدائن نفسه عن المدين المبرأ، نصيبه في حصة المعسر (المادة ٢٩٠). ففي مثالنا السابق، إذا حصل الإبراء لصالح (ب) دون غيره، ثم رجع الدائن على (ح) بما تقي جنيه، فدفع له هذا المبلغ، ثم اتضح أن (د) معسر، فإن حصته تقسم على (ب) و (ح) ويكون (ح) أن يرجع على (ب) بخمسين جنياً. فإن كان الدائن قد أخلى (ب) من كل مسؤولية عن الدين، تحمل هو عنه بالمخسرين جنياً.

(ب) الإبراء من التضامن: قد يقتصر الإبراء، بالنسبة إلى الدين التضامني، على مجرد التضامن، دون أن يمس الدين في ذاته. وفي هذه الحالة، يبقو الدين قائماً، ولا يزول عنه إلا وصف التضامن الذي كان يرد عليه. والإبراء من التضامن، كالإبراء من الدين ذاته، قد يرد بالنسبة إلى جميع المدينين، كما أنه قد يرد بالنسبة إلى بعض هؤلاء، دون بعضهم الآخر.

ولا يسوغ القول بحصول الإبراء من التضامن، بالنسبة إلى جميع المدينين، إلا إذا ظهرت نية الدائن قاطعة في الدلالة على ذلك. فلا تستخلص هذه النية من مجرد الإبراء الحاصل لأحد المدينين وحده. ولا يعمل هنا بفكرة النيابة التبادلية، اعتباراً بأن الدائن، إذا اقتصر على إبراء أحد المدينين، لا يرتضيه إلا بالنسبة إليه، فالم يتضح من الظروف أنه أراد الإبراء بالنسبة إلى الجميع. وفي هذا يتفق الإبراء من التضامن مع الإبراء من الدين.

وإذا حصل الإبراء من التضامن بالنسبة إلى جميع المدينين ، فإن هذا الوصف يزول عنهم كلهم ، الأمر الذي يؤدي إلى انقسام الدين عليهم ، فلا يكون أى منهم ملتزماً إلا بحصته فيه .

أما إذا اقتصر الإبراء من التضامن على أحد المدينين دون غيره ، فإن هذا الوصف لا يزول إلا بالنسبة إليه وحده فهو يبق بالنسبة إلى الآخرين . ويترب على ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين المبرأ إلا بحصته من الدين ، في حين أنه يبق له الحق في أن يطالب أياً من الباقيين بالدين كله ، مع مراعاة وجوب خصم حصته المدين المبرأ ، إذا كان هذا قد وفاها بالفعل . وفي ذلك قضى المادة ٢٩٠ بأنه : « إذا أقرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، ببق حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وإذا كان المدين الذي أبرأه الدائن من التضامن لم يف بحصته من الدين ، ثم قام مدين آخر بوفاء هذا الدين كاملاً ، حق له أن يرجع على كل واحد من زملائه ، ومن بينهم المدين المبرأ ، بحصته في الدين ، وبنصيبه في حصته من يعسر منهم .

ويلاحظ ، في النهاية ، أن الإبراء من التضامن ، سواء حصل لقائدة جميع المدينين ، أم لصالح بعضهم دون البعض الآخر ، قد يجيء صريحاً ، وقد يستدل عليه ضمناً من ظرف الحال ، مادامت نية الدائن في الحالتين قاطعة في حصوله . ومثال الإبراء الذي يستدل عليه ضمناً ، أن يطالب الدائن كلا من مدينه أو أحدهم بحصته في الدين ، أو أن يحاسبه على أساس أنه لا يدين له إلا بها .

١٧٤ — انقضاء الالتزام التضامني بالتقادم

قد تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين . وفي هذه

الحالة ، إذا تمسك جميع المدينين بالتقادم ، انقضى الدين بالنسبة إليهم جميعاً . بل إنه إذا تمسك في حالتنا هذه أحد المدينين بالتقادم ، كان للباقي أن يحتجوا بتمسكه به . لا اعتبار الدين منقضاً بالنسبة إليهم أيضاً ، اعتباراً بأن المدين كان ينوب عنهم في التمسك بالتقادم ، استناداً إلى مبدأ التناوب التبادلية .
فما ينفعهم .

ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تكتمل مدة التقادم ، بالنسبة إلى بعض المدينين ، دون بعضهم الآخر . ويحصل ذلك في حالات عديدة . ومن هذه الحالات أن يكون الدين مقرراً بأجل أو معلقاً على شرط بالنسبة إلى أحد المدينين ، حالة كونه باتاً منجزاً بالنسبة إلى الآخرين ، فسيبان التقادم هنا لا يبدأ ، بالنسبة إلى المدين الأول ، إلا من تاريخ حلول الأجل أو تحقق الشرط . في حين أنه يبدأ ، بالنسبة إلى الآخرين قبل ذلك . ومن هذه الحالات أيضاً أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى أحد المدينين وحده ، إذا أنه لا يجوز للدائن ، كما سبق أن بينا ، أن يتمسك هنا بالانقطاع أو الوقف في مواجهة الآخرين (المادة ٢٩٢/٢) .

وإذا اكتملت مدة التقادم ، بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقي ، لا يتمسك هذا المدين بالتقادم ، انقضى الدين بالنسبة إليه وحده . فلا يسوغ للدائن أن يرجع عليه بشيء ما . أما الباقي ، فيظلون ملتزمين بالدين ، بعد خصم حصة زميلهم الذي انقضى دينه بالتقادم . فالدين التضامني هنا ينقضي ، بقدر حصته من تمسك بالتقادم ، ويظل الباقي منه بعد ذلك مثقالاً للمدينين الآخرين ، ويسوغ للدائن أن يطالب أياً منهم به . وفي ذلك تقضي المادة ٢٩٢/١ بأنه : « إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصته من الدين » . فإذا كان (أ) دين تضامني مقداره ٣٠٠ جنيه وألزم به كل (ب) و (ج) و (د) ، ثم انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى (ب) وحده ، كان للدائن

أن يطالب أيا من (ح) أو (ز) بماتى جنيه . فإذا دفع (ح) هذا المبلغ ، حق له أن يرجع على (ز) بمائة جنيه . ولا يجوز له أن يرجع على (ب) بشىء ما . فإن كان (ز) معسراً ، تحمل (ح) بنصيبه من حصته أى بخمسين جنيه ، ورجع على الدائن بالنصيب الذى كان مفروضاً أن يتحمله (ب) من حصة المعسر ، أى بخمسين جنيهاً^(١) .

١٧٥- (ب) آثار التضامن في عقود المدينين بعضهم ببعض

بيننا فيما سبق آثار التضامن في العلاقة بين الدائن والمدينين ، ورأينا أن تلك الآثار تحكمها مبادئ ثلاثة ؛ هى : وحدة الدين وتعدد الروابط وقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . وعلينا الآن أن نحدد آثار التضامن في علاقة المدينين بعضهم ببعض .

وإذا تدأ آثار التضامن في علاقة المدينين بعضهم ببعض إلى مبدأين أساسيين ؛ هما : انقسام الدين بين المدينين على أساس قدر حصة كل منهم فيه ، وحق من يوفيه منهم في الرجوع على كل من الباقي بقدر حصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم . وفتناول دراسة كل من هذين المبدأين فيما يلي :

(١) ويقول أستاذنا الكبير السنهوى (الوسيط ج ٣ نبذة ١٩٤) رأى آخر مؤداه أن الدين الذى انقضى دينة بالتقادم ، يتحمل هو دون الدائن نصيبه من حصة المعسر . ويرى أستاذنا رأيه هذا على أن الدين الذى يوفى الدين (ج في المثال الوارد في المتن) يرجع على زميله الذى انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إليه (ب في مثالنا) نصيبه من حصة المعسر بدعوى الوكالة أو الفضالة . ونحن لانستطيع أن نقرأ أستاذنا فيما وصل إليه . فالمدن الذى تمك بالتقادم أصبح غريباً كلة عن الدين ، لسقوطه عنه . فلا يسوغ القول بأن زميله الذى وفاه كان وكيلاً عنه في أداء نصيبه من حصة المعسر أو فضولاً عنه في ذلك . الحقيقة أن سقوط الدين بالتقادم ، بالنسبة إلى أحد المدينين ، يقطع كل صلة مدنية بينه وبين هذا الدين ؛ فالمدن يصبح غريباً عنه تماماً . ولا كان لا يسوغ أن يسوء مركز المدينين الآخرين نتيجة إهمال الدائن في مطالبة زميلهم الذى تمك بالتقادم ، فيلزم أن يتحمل الدائن نصيب هذا الأخير في حصة المعسر . وهكذا نصل في التقادم إلى نفس الحكم الذى رأيناه في الإبراء المفقوع بإخلاء المدن من كل مسئولية عن الدين .

١٧٦ - أورد: انقسام الدين بين المدينين

وحدة الدين لا تقوم إلا في علاقة الدائن بالمدينين . أما في علاقة هؤلاء بعضهم ببعض ، فترجع إلى القاعدة العامة التي تقضي بانقسام الدين عليهم ، فتحمل كل منهم حصته فيه .

والأصل أن الدين التضامني يقسم على المدينين حصصاً متساوية ، أي أنه يقسم على أساس الرؤوس . ولا يستبعد هذا الأساس إلا إذا قضى الاتفاق أو القانون بغيره . وفي ذلك تقضي المادة ٢/٢٩٧ بأنه : « وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . فالقانون يقسم قريته مؤداها تساوى حصص المدينين في التحمل بغيره . ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات ما يخالفها ، بإقامة الدليل على أن الاتفاق أو القانون يقضي بالمغايرة في الحصر .

فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل الاتفاق على توزيع غرم الدين بين المدينين على أساس (الحصر متغايرة) ، بولا ضرورة لأن يكون الدائن طرفاً في هذا الاتفاق فهو لا يمس إلا المدينين ، ومن ثم يمكن أن يتعهد بينهم .
والغالب أن يحصل الاتفاق بين المدينين على أساس توزيع غرم الدين التضامني عليهم عند نشأة هذا الدين ، كما إذا افترض (ب) و (ح) و (ز) ٣٠٠ (جنيه على سبيل التضامن ، واتفق هؤلاء فيما بينهم على أن يتحمل (ب) وحده نصف الدين وكل من (ح) و (ز) ربعه . على أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل الاتفاق السابق في تاريخ لاحق لنشأة الدين . وقد يحصل هذا الاتفاق صراحة ، كما هو الشأن في المثال السابق . وقد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، كما إذا اشترى (ب) و (ح) و (ز) سيارة بحق النصف لـ (ب) وبحق الربع لكل من (ح) و (ز) ، والتزم هؤلاء جميعاً بدفع الثمن على سبيل التضامن ؛ فهنا يوجد اتفاق ضمني بين المدينين على أن يتحمل (ب) نصف الثمن ، وكل من (ح) و (ز) ربعه (و غنى عن البيان أن الاتفاق بين المدينين

على توزيع عبء الدين عليهم في جميع صورته ، إنما يسرى عليهم وحدهم ، فهو لا يمس حق الدائن في مطالبة أيٍّ منهم بالدين كله .

وقد يقضى القانون نفسه بالمغايرة في توزيع عبء الدين التضامني على المدنيين . ومثال ذلك المادة ١٦٩ التي تقضى بأنه : « إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي ، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض ، فإذا عين القاضي نصيب كل من المسؤولين عن العمل الضار ، وزع غرم الالتزام بالتعويض عليهم وفقاً لهذا التعيين . »

من كل ما سبق يبين أنه قد يقضى الاتفاق أو القانون بالمغايرة في حصص المدنيين المتضامنين في الدين . فإن لم يقض أحدهما ذلك ، اعتبرت تلك الحصص متساوية . وعلى من يدعى المغايرة في الحصص أن يقدّم الدليل على ادعائه ، إذ أن القانون يفترض المساواة فيها .

١٧٧ - ثانياً : مجموع المدنيين الموفى على زملاته

رأينا أن الدين التضامني ينقسم بين المدنيين في علاقتهم بعضهم ببعض ، على أساس حصة كل منهم فيه . فإذا جاء أحدهم ووفى الدين كله للدائن ، اعتبر في علاقته بزملاته ، أنه وفي حصته وحصة كل منهم . وبديهي أنه يتحمل غرم حصته ، فلا يرجع بها على أحد . أما حصص الآخرين ، فيكون له أن يرجع بها على أصحابها ، على أساس أنه وفاها عنهم . على أنه في رجوعه بـ تلك الحصص ، إنما يرجع بدين منقسم لأن الدين التضامني ينقسم في علاقته المدنيين بعضهم ببعض ، كما بينا . وهكذا فلا يسوغ للدين الموفى أن يرجع على كل من زملاته إلا بقدر حصته . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٩٧/١ بأنه : « إذا وفي أحد المدنيين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بماله في حق الحلول قد رجع بحق الدائن . »

يتحصل مما سبق أنه إذا وفى أحد المدينين المتضامين كل الدين، تحمل،
هو حصته منه، وحق له أن يرجع على كل من الباقيين بحصة. فإن كان (أ)؛
مثلاً، دين تضامى مقداره ٣٠٠ جنيه، والتزم به كل من (ب) و (ج) و (د).
بحصص متساوية، ثم وفى (ب) الدين كله، كان على (ب) أن يتحمل حصته؛
أى مائة جنيه، وحق له أن يرجع على كل من (ج) و (د) بحصة أى مائة
جنيه، ولكن لا يسوغ له أن يرجع على أحد هذين الآخرين بكل الدين
(٣٠٠ جنيه)، كما أنه لا يسوغ له أن يرجع على أحدهما بحصتي الاثنين،
أى بمائتين.

وإذا كانت القاعدة هى أن الدين التضامى ينقسم فى علاقة المدينين ببعضهم
البعض على أساس حصة كل منهم فيه، وأنه لا يجوز لمن يوفى الدين منهم
أن يرجع على كل من الباقيين إلا بقدر حصته، إلا أن المشرع لاحظ أن أحد
هؤلاء قد يكون معسراً، وقدّر أنه من الظلم أن يتحمل المدين الموفى وحده
غرم إعساره، فوزع هذا الغرم عليه وعلى غيره من المقتدرين. وفى ذلك
تقضى المادة ٢٩٨ بأنه : «إذا أعسر أحد المدينين المتضامين تحمل بقية
هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين، وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر
حصته».

فإذا وجد بين المدينين المتضامين معسر^(١). وزعت حصته، أو
القدر الذى يتعذر استيفاؤه منها، على المدين الموفى وعلى زملائه من المقتدرين.
ويكون للموفى أن يرجع على كل من المقتدرين بنصيبه فى تلك الحصة^(٢). ويتحدد
نصيب المقتدرين فى حصة المعسر على أساس حصصهم فى الدين، فإذا التزم

(١) ويمتد هنا بمجرد الإعسار الواقع، أى الحالة التى تزيد فيها ديون المدين على أمواله.
فلا ضرورة لشهر الإعسار قانوناً.
(٢) وقد سبق لنا أن رأينا أن الدين التضامى يتحمل نصيبه فى حصة المعسر، حتى لو كان
الدين قد أبرأه من الدين، وذلك ما لم يكن الدائن قد أدخل الدين أبرأه من كل مسؤولية
عن الدين، إذ الدائن هنا هو الذى يتحمل عن أبرأه نصيبه فى حصة المعسر.

كل من (ب) و (ح) و (د) بدين تضامى مقداره ٣٠٠ جنيه على أساس تساوى حصصهم فيه ، ثم وفى (ب) كل الدين ، وكان (د) معسراً ، وزعت حصة (د) وهى مائة جنيه على كل من (ب) و (ح) ، فيخص كل منهما نصفها ، أى خمسون جنيهاً ؛ وهكذا يكون (ب) أن يرجع على (ح) بمحسته الأصلية فى الدين (١٠٠ جنيه) وينصيبه فى حصة المعسر (د) أى خمسين جنيهاً ، أى يرجع عليه فى المجموع بمائة وخمسين جنيهاً ، ويتحمل هو بدوره بمائة وخمسين جنيهاً .

و تشرح وتوزع حصة المدين المعسر على الموفى وعلى غيره من المقتدرين ، سواء كان هذا الإعسار موجوداً عند الوفاء ، أم حصل فى تاريخ لاحق . على أنه يلزم فى هذه الحالة الأخيرة ، أى فى الحالة التى يكون فيها المدين مقتدراً عند قيام زميله بالوفاء ثم يعسر بعد ذلك ، ألا ينسب للموفى تقصير فى استيفاء حصته . فإذا ثبت أن الموفى كان يمكنه ، لو أنه طالب زميله فى وقت معقول بقدرة القاضى ، أن يحصل منه على حصته قبل إعساره ، ما كان له أن يحمل الباقي بأنفسائهم فيها . إذ أن القاعدة هى أن المقصر يتحمل وحده غرم قصيره .

١٧٨ - شروط رجوع المدين الموفى على زميله

رأينا أنه يجوز لمن يوفى الدين من المدينين المتضامنين أن يرجع على كل من زملائه بمحسته فى الدين وينصيبه فى حصة المعسر ، إن وجد معه معسر على أن يرجع المدين الموفى على زملائه لا يكون إلا إذا توافرت شروط معينة ، هى الآتية :

١ - يجب أن يكون المدين الذى يباشر الرجوع على زملائه قد وفى الدين للدائن ، أو أداه له عن طريق آخر يعادل الوفاء ، كالماء بمقابل . والتجديد والمقاصة . أما إذا كان المدين قد توصل إلى انقضاء الدين بوسيلة أخرى

لم يتحمل فيها غيراً ما ، كما إذا تحصل على إبرائه وزملائه جميعاً من الدين ، فلا يكون له يرجع على أى منهم بشيء .

٢ - ويلزم أن يكون المدين قد وفى للدائن ما يزيد على حصته في الدين . فإن لم يكن من الضروري ، لى ثبت للدين المتضامن حق الرجوع على زملائه ، أن يكون قد وفى الدين كله ، إلا أنه يجب أن يكون قد وفى منه جزءاً يزيد على حصته . فإن كان قد أقصر على الوفاء بحصته أو على جزء منها ، ما حق له أن يرجع على زملائه بشيء ما^(١) . إذا أن الدين التضامنى ، في علاقة المدينين ببعضهم البعض ، ينقسم بينهم على أساس حصصهم فيه ، كما بينا . فإن أقصر أحدهم على الوفاء بحصته ، اعتبر ، في علاقته بزملائه ، أنه دفع ما يجب عليه ، وأنه بالتالى لم يدفع شيئاً عن زملائه ، فلا يكون له أن يرجع بشيء على أحد منهم . أما القدر الذى يدفعه المدين زائداً على حصته ، فيجوز له أن يرجع على كل من زملائه بتصيبه فيه .

٣ - ويجب ، في النهاية ، أن يكون الوفاء مفيداً للمدين الذى يباشر الرجوع ضده ، بمعنى أنه رفع عنه عبء الدين في مواجهة الدائن بالنسبة إلى حصته كلها أو بعضها . فإن لم يكن من شأن هذا الوفاء أن يفيد أحد المدينين ، كما إذا كان العقد الذى رتب الالتزام باطلاً بالنسبة إليه ، أو كان الدين قد انقضى بالنسبة إليه بالتقادم ، ما كان للموфи أن يرجع عليه بشيء ما . وللمدين الذى يرجع الموفى عليه أن يتمسك ، في مواجهة هذا الأخير ، بكل الدفوع التى كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن ، لو أنه هو الذى طالبه بالوفاء .

١٧٩ - طريق الرجوع المدين الموفى على زملائه

رأينا أن للمدين الموفى أن يرجع على كل من المتضامنين معه بحصته في

(١) انظر بقى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة النقض س ٢ ص ٥٨٥ رقم ١٠٠ .

الدين وينصده من حصة المعسر ، إن وجد . وله في رجوعه هذا أن يسلك أحد طريقين : الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول .

أولاً - الدعوى الشخصية : فالمدين المتضامن الذي يوفى كل الدين يعتبر ، كما بينا ، أنه وفى عن كل من زملائه حصته . فله إذاً أن يرجع على كل من هؤلاء بما دفعه عنه . ورجوعه هذا يؤسس على الحق الذي ثبت له شخصياً بمقتضى الوفاء ، ومن تاريخ حصوله . ولذلك تسمى الدعوى التي تحمي هذا الحق بالدعوى الشخصية .

والأساس التقليدي للدعوى الشخصية التي تثبت للمدين المتضامن في رجوعه على زملائه بما وفاه عنهم ، هو الوكالة أو الفضالة ، على حسب الظأحوال ، اعتباراً بأنه إذا نشأ الدين التضامني بمقتضى الاتفاق ، فإن المدينين يواكون بعضهم بعضاً في وفاء حصصهم للدائن ، أما إذا نشأ الدين التضامني بمقتضى نص في القانون ، ثم وفاه أحد المدينين ، كان فضولياً في وفائه بحصص زملائه .

ثانياً - دعوى الحلول : إلى جانب الدعوى الشخصية التي تثبت للمدين المتضامن في رجوعه على زملائه بحصصهم ، يحق له أن يرجع عليهم بالدعوى التي كانت للدائن قبلهم . فالمدين الموفى محل ، بمقتضى الوفاء ، محل الدائن في دعواه . فمن حالات الحلول محل الدائن أن يكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين (المادة ٣٢٦) . وهذا مركز المدين المتضامن ، إذ هو ملتزم بالدين مع التضامنين معه .

ومؤدى الحلول محل الدائن في دعواه ، أن يكون للموفى نفس حق الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يضمه من تأميمات وما مرد عليه من دفعوع (المادة ٣٢٩) . ولكن القانون لم يأخذ هنا بالنسبة للمدين المتضامن بأثر الحلول على إطلاقه . فقص حقه في رجوعه على كل من زملائه على حصته . وفي ذلك تقضى المادة ٢/٢٩٧ بأنه « إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين » .

إلا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن ،

والسبب في تحديد رجوع المدين الموفى على المتضامين بحصة كل منهم ، هو أن الدين التضامني لا يحتفظ بوحدة إلا إلى وقت استيفاء الدائن إياه . فمجرد هذا الاستيفاء ، ينقسم الدين على المدينين على أساس حصصهم فيه ، كما بينا . وهكذا فإن حل الموفى محل الدائن ، فإنه يحل محله في دين يكون قد انقسم عليه وعلى المتضامين معه ^(١) .

من كل ماسبق بين أن للمدين الموفى ، في رجوعه على المتضامين طريقان : فله أن يرجع بدعواه الشخصية ، كما أن له أن يرجع بدعوى الدائن ، تأسيساً على حلوله محله فيها . وسواء أرجع هذه الدعوى أم بترك ، فهو لا يرجع على كل من زملائه إلا بحصته ونصيبه في حصة المعسر ، إن وجد .

وللموفى الخيار بين هاتين الدعويتين . وهو يختار بالضرورة أيهما أوفق لمصلحته

وقد تكون الدعوى الشخصية أفد ، كما لو كان الدين التضامني لا يفل في الأصل فوائد ، فلو رجع الموفى هنا بدعوى الحلول ، ما حق له أن يقتضي من زميله فوائد عما دفعه عنه ؛ لأنه لا يكون له إلا نفس حق الدائن بصفاته وملحقاته ، أما رجوعه بالدعوى الشخصية ، فيخوله الحق في أن يقتضي فوائد قانونية عما دفعه عن زملائه من تاريخ هذا الدفع ، في الحالات التي تؤسس فيها الدعوى على الوكالة أو الفضالة ، إذ إن للوكيل أو الفضولي الفوائد القانونية عما دفعه لحساب الموكل أو رب العمل من تاريخ الدفع . كما أن تقادم الدعوى الشخصية لا يبدأ سريانه إلا من تاريخ الوفاء ، اعتباراً بأنها لا تنشأ إلا في هذا الوقت . أما دعوى الحلول ، فتقادمها يبدأ من تاريخ

(١) انظر هذا المقي . Josserand ، ج ٢ ، نبذة ٧٧٩ :

ثبوت حق الدائن ؛ إذ أن الموفى يحل محل الدائن في ذات حقه . وهكذا فقد تسقط دعوى الحلول بالتقدم ، مع بقاء الدعوى الشخصية قائمة . وهنا تبرز فائدة الدعوى الأخيرة .

وبالعكس ، قد تكون دعوى الحلول أكثر فائدة للدين الموفى . ويحصل ذلك ، مثلاً ، إذا كان الدين التضامني يقل فائدة اتفاقية يزيد سعرها على سعر الفائدة القانونية ؛ إذ للموفى هنا أن يطالب كلا من زملائه بأن يدفع فائدة ، محسوبة على أساس سعر الفائدة المشترطة عن الدين التضامني ، عن حصته التي وفأها عنه ^(١) ، ومن تاريخ هذا الوفاء .

١٨٠ - الحالة التي يكون فيها أحد المدينين هو صاحب المصلحة

ومره في الدين

عرضنا فيما سبق للحالة العادية في الدين التضامني ، وهذه هي الحالة التي يكون فيها جميع المدينين المتضامنين أصحاب مصلحة في الدين ، بمعنى أنهم جميعاً متحملين به أصلاً . فهنا يقسم عبء الدين عليهم كلهم ، ويكون لمن وفاه منهم أن يرجع على كل من الباقيين بقدر حصته ، على وفق ما بيناه .

وقد يحصل أن يتعدد المدينون المتضامنون مع كون أحدهم أو بعضهم هم أصحاب المصلحة وحدهم في الدين دون الباقيين . أما هؤلاء الآخرين ، فلم يلتزموا بالدين ، إلا لتأمين الدائن وثوقه في الضمان له في استيفائه حقه . فالسبيل العادي للضمان هو الكفالة . ولكن قد يتقدم الضامن ، لا على أساس أنه

(١) وهذا بخلاف الفائدة التي تكون قد استحققت للدائن وقام الموفى بدفعها له . فالموفى هنا يرجع على كل من زملائه بنصيبه في هذه الفائدة ، اعتباراً بأنه قد دفعه عنه الدائن . وهكذا فالموفى يرجع في حالتنا على كل من زملائه بنوعين من القوائد :

١ - نصيبه في الفائدة التي دفعت للدائن عن الدين التضامني .

٢ - الفائدة المستحقة للموفى شخصياً عن حصته زميله في الدين التي دفعها عنه .

كفيل، ولكن على أساس أنه مدين متضامن مع زميله الذي استفاد وحده من الدين. وكثيراً ما يشترط الدائن هذا الطريق، لشدة فقهه له. ومثال هذه الحالة أن يقتض (ب) مبلغاً من المال ويأخذه كله لنفسه خاصة. ثم يتقدم (ج) و (د) ويرتضيان الالتزام بمبلغ القرض مع (ب)، لا على أساس أنهما كفيلان له، بل على أساس أنهما مدينين متضامنين معه.

هكذا يبين أنه قد تعرض حالات يكون فيها أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، أما الباقيون فلم يلتزموا به إلا بمجرد توفير الضمان للدائن في استيفائه. وفي مثل هذه الحالة، لا يفرق الدائن بين مدينيه. فكل منهم، سواء أكان هو المستفيد من الدين أم غيره، يعتبر بالنسبة إليه، ملتزماً بالدين كله على أساس أنه مدين أصلي به. أما في علاقة المدينين بعضهم بعض، فيظهر أثر كون أحدهم هو المستفيد وحده من الدين دون الباقيين. فهذا المستفيد هو الذي يتحمل وحده غرم الدين. أما الباقيون فإن اعتبروا، في مواجهة الدائن، مدينين أصليين بكل الدين، فهم يعتبرون في مواجهة زميلهم المستفيد، مجرد كفلاء له. وعلى هذا، إذا كان المستفيد (ب في المثال السابق ذكره) هو الذي وفي الدين، ما كان له أن يرجع على أي من زملائه (ج و د في المثال السابق ذكره) بشيء ما. أما إذا حصل الوفاء من أحد من الباقيين، كان له أن يرجع بكل ما دفع على المستفيد. وفي ذلك تقضي المادة ٢٩٩ بأنه: «إذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقيين».

١٨١ - التفرقة بين الدين التضامني والدين الذي يلتزم به كل عدة

أشخاص مع غير تضامني بينهم

توجد حالات ينقل الالتزام الواحد فيها عدة مدينين، من غير أن ينقسم عليهم، ودون أن يكونوا متضامنين في أدائه، ويسمى هذا الالتزام في فرنسا

Obligation in solidum ، أى الالتزام الذى يتحمل به كله عدة مدينين . ولم يستقر فيها العرف بعد على تسمية هذا النوع من الالتزام ، فالبعض يشيرون إليه بعبارة "المسئولية المشتركة عن الدين" ، اعتباراً بأن عدة مدينين يشتركون فى التحمل به . والبعض الآخر يشيرون إليه بعبارة : "المسئولية المجتمعة عن الدين" ، اعتباراً بأن المدينين يجتمعون فى التحمل به . وقد سماه بعض ثالث بالالتزام التضامى ، اعتباراً بأن المدينين يتضامون بعضهم إلى بعض فى التحمل به .

ومثال الدين الذى نحن بصدده كفالة الالتزام الواحد بعقود متوالية ، دون اشتراط التقسيم بين الكفلاء ؛ فإذا كفّل عدة أشخاص الدين بعقود متوالية ، من غير أن يشترط تقسيم الدين عليهم . كان كل منهم ملتزماً بضمان الدين كله (المادة ٧٩٢/٢) ، فى حين أنهم لا يعتبرون متضامنين . ومثال الدين الذى نحن بصدده أيضاً أن يوجد شخص فى حالة عوز ، فتثبت له النفقة على أقربائه الموسرين ؛ فإذا كان هؤلاء متعددين ، التزم كل منهم بالنفقة على قريبهم المحتاج ؛ وهكذا يوجد عدة مدينين ، يلتزم كل منهم بنفس الدين ، من غير أن يوجد تضامن بينهم .

وواضح ما هنالك من شبه قوى بين الدين الذى نحن بصدده والدين التضامنى : فكل منهما يقوم على وحدة الدين ، رغم تعدد المدينين ، وفى كل منهما محدد الروابط التى تجمع بين الدائن وبين كل مدين متميزة مستقلة . وفى كل منهما يستطيع الدائن أن يطالب أى مدين بالدين كله ، وإذا أداه من كل واحد المدينين ، حق له أن يرجع على أى من الباقي حصته فيه . والفارق الوحيد بين هذين النوعين من الديون أن التضامن ينطوى على تبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم ، فى حين أن هذه التبادلية لا توجد فى الدين الذى يلتزم به عدة مدينين من غير أن يكونوا متضامنين فى أدائه ، وفقاً للرأى السائد .

هكذا يبين أن الشبه قوى بين الدين التضامنى والدين الذى يتقل عدة مدنيين من غير تضامن بينهم ، وإن كان هذا الشبه غير تام . وقد أدى ذلك ببعض الفقهاء إلى أن يروا في الدين الثانى تضامناً ناقصاً *solidarité imparfaite* تميزاً له عن التضامن العادى الذى يطلقون عليه التضامن الكامل *solidarité parfaite*.

التضامن الإيجابى

أو التضامن بين الدائنين

١٨٢ - رأينا فيما سبق أن التضامن نوعان : تضامن سلبى أو تضامن بين المدنيين وتضامن إيجابى أو تضامن بين الدائنين . وتكلمنا في النوع الأول . وقد آن الأوان لتناول النوع الثانى .

والتضامن الإيجابى *solidarité active* ، أو التضامن بين الدائنين ، يقع امره حينما يتعدد الدائنون في التزام واحد ، ويكون من شأنه أن يحتفظ هذا الالتزام بوحدة ، فلا ينقسم على الدائنين ، الأمر الذى يحول أياً منهم الحق في أن يطالب المدين به كله ، وذلك بغض النظر عما إذا كان هذا الالتزام يقبل في ذاته الانقسام أو لا يقبله . ومثال التضامن الإيجابى أن يقرض شخصان أو أكثر مبلغاً من النقود لمدين معين ويشترطون التضامن بينهم في استيفاء مبلغ القرض ، أو يبيعونه مالا محدداً ثم يشترطون تضامنهم في استيفاء الثمن منه .

والتضامن بين الدائنين ، على قبيض التضامن بين المدنيين ، نادر الوقوع جداً في العمل وترجع ندرته ، من ناحية ، إلى أنه يمرض الدائنين لخطر ضياع حقوقهم ، نتيجة إعسار زميلهم ، بعد أن يكون قد استوفى الدين . فوئدى هذا التضامن ، كما سنبينه بعد قليل ، إمكان الوفاء بالدين كاملاً لأحد الدائنين ،

على أن يكون للباقي أن يستوفوا منه حصصهم . وترجع ندرة هذا النظام ، من ناحية أخرى ، إلى إمكان الحصول على الفائدة التي ترتب عليه للدائنين عن طريق آخر أقل منه خطراً عليهم . فالفائدة التي ترتب للدائنين من قيام التضامن بينهم هي إمكان اقتضاء الدين كله من المدين دفعة واحدة ، فلا تتجرأ المطالبة . ومن الممكن توفير هذه الفائدة عن طريق توكيل الدائنين أحدهم في قبض أنصبتهم . بل إن الوكالة أقل من التضامن خطراً ؛ فمن مودى هذا النظام الأخير أن يثبت اقتضاء الدين لكل دائن ، في حين أنه بالوكالة لا يثبت قبض الدين إلا لمن تصدر لصالحه دون غيره ؛ وهكذا يكون للدائنين فرصة اختيار من يكون محل لقبهم .

مادة ١٨٣ - ويتفق التضامن الإيجابي مع التضامن السلبي في المصدر الذي يولدهما . فكل منهما لا ينشأ ، إلا إذا قضى به الاتفاق أو نص في القانون . وكل منهما لا يفترض ، بل يجب أن يكون المصدر الذي يرتبه قاطعاً في الدلالة عليه ، اتفاقاً كان هذا المصدر أو نصاً في القانون (المادة ٢٨٩) . ولا يوجد ثبات أن أي نص في القانون يقضى بالتضامن بين الدائنين . بل إن حظ الاتفاقات التي تشرطه جد يسير في العمل .

١٨٤ - آثار التضامن بين الدائنين

نتناول آثار التضامن بين الدائنين في علاقتهم هم بالمدين ، ثم في علاقتهم بعضهم ببعض ؛ وذلك فيما يلي :

١٨٥ - آثار التضامن الإيجابي في علاقة الدائنين بالمدين

ترتد آثار التضامن بين الدائنين ، في علاقة هؤلاء بالمدين ، إلى نفس المبادئ الثلاثة التي تحكم آثار التضامن بين المدينين في علاقتهم بالدائن ؛ وهي : وحدة

الدين وتعدد الروابط وقام تباينة تبادلية بين الدائنين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . وتناول بإحراز كلام من هذه المبادئ مستخلصين النتائج المترتبة عليه :

١٨٦ - أولاً : وحدة الدين ، سواء أكان سلبياً أم إيجابياً ، هو احتفاظ

السمة الأساسية للتضامن ، سواء أكان سلبياً أم إيجابياً ، هو احتفاظ الدين بوحدة ، فلا ينقسم إفكاً أن الدين لا ينقسم على المدينين المتضامنين ، فهو لا ينقسم بين الدائنين المتضامنين

ويترتب على وحدة الدين في التضامن الإيجابي ، ثبوت الحق لأي من الدائنين في أن يطالب للمدين بالدين كله ، وليس فقط حصته فيه . وفي ذلك تقضي المادة ١/٢٨١ بأنه : « يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء . . . »

ويترتب على وحدة الدين كذلك ، ثبوت الحق للمدين بل الواجب عليه ، في أن يوفي بكل الدين لأي من دائنيه ، سواء أطالبه هذا الدائن بالوفاء ، أم لم يطلبه . هذا هو الأصل العام . ويرد على هذا الأصل استثناء قضى به القانون ، حماية للدائنين المتضامنين بعضهم من بعض . ومؤدى هذا الاستثناء وجوب امتناع الوفاء لأحد الدائنين ، إذا مانع الباقي أو واحد منهم في ذلك . وفي هذه الحالة ، يجب على المدين أن يؤدي الدين للدائنين مجتمعين ، أو يودع قيمته خزائنة المحكمة لحسابهم . وفي ذلك تقضي المادة ١/٢٨٠ بأنه : « إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفي الدين لأي منهم ، إلا إذا مانع أحدهم في ذلك . »

ولا يتطلب أي شكل خاص أو إجراءات معينة في المانعة في أداء الدين لأحد الدائنين . فيمكن أن يظهر الدائن للمدين رغبته في ألا ينفرد زميله باستيفاء الدين . وسبب بعد ذلك أن يظهر له تلك الرغبة شفاهاً أو في خطاب عادي أو مسجل أو في إنذار رسمي يوجهه إليه .

وإذا وفي المدين الدين كله لأحد الدائنين أو لهم مجتمعين ، برئت ذمته بالنسبة إليهم كلهم ، على أن يكون لمن استوفى الدين منهم أن يعطى لكل من شركائه حصته في الدين ، على ما سيحي .

١٨٧ - انقسام الدين على ورثة كل من الراسبين
ثمؤدى الفكرة التقليدية للتضامن أنه لا يحول دون انقسام الدين بين الورثة . وقد حال مبدأ « لا تركه إلا بعد سداد الديون » دون إعمالها في التضامن السلي ، كما سبق أن بينا^(١) . أما في التضامن الإيجائي ، فلا يوجد ما يعترضها . وقد طبقها القانون فعلا في المادة ٢٨٠/٢ التي جاءت تقول : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » .

فإذا مات أحد الدائنين المتضامين ، انقسم الدين كله على ورثته ، على أساس أنصبتهم في تركته . فإذا ثبت ، مثلا ، لكل من (ب) و (ج) و (د) ثلثين تضامني مقداره ٣٠٠ جنيه على المدين (١) ، ثم مات (ب) مخلفاً ولدين ، انقسم الدين بالنسبة إلى كل مقداره على الولدين ، وخصر كل منهما نصفه ، أي مائة وخمسون .

١٨٨ - أما : تعدد الروابط
يؤلف كما هي الحال تماماً في التضامن السلي ، يقوم التضامن الإيجائي على تعدد الروابط . فالدين وإن كان واحداً ، إلا أنه يثبت لكل دائن نتيجة رابطة تجمعهم بالمدين متميزة ومستقلة عن الروابط التي تجمع كلا من شركائه بالمدين .
ويترب على فكرة تعدد الروابط في التضامن الإيجائي النتائج الآتية :
١ - قد تصف الالتزام ، بالنسبة لأحد الدائنين ، بوصف لا رد عليه بالنسبة إلى الباقيين . ومثال ذلك أن يمنع أحد الدائنين المدين أجلا ، مع كون الالتزام بالنسبة إلى الباقيين منجزاً . ويجب على كل دائن ، عند رجوعه على

المدين ، أن يراعى الوصف الذى يلحق الدين بالنسبة إليه . وقد تضمنت المادة ٢٨١ / ١ هذا الحكم ؛ فبعد أن منحت للدائنين مجتمعين أو منفردين الحق فى مطالبة المدين بكل الدين ، جاءت تقول : « ... ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين » .

٢ - قد تتعيب رابطة المدين بأحد دائنيه بعيوب لا تشوب الروابط التى تجمع بينه وبين الدائنين الآخرين . ومثال ذلك أن يقع المدين فى غلط ، ولا تتوفر شروط إعمال هذا الغلط إلا فى أحد الدائنين دون الباقيين ، كما إذا كان هو وحده الذى وقع بدوره فى الغلط ، أو كان يعلم بوقوع المدين فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك ولا يسوغ للمدين أن يتمسك فى مواجهة أى من الدائنين إلا بالعيوب التى تشوب الرابطة التى تجمع به ، دون تلك التى تشوب رابطة بالآخرين ؛ وذلك بطبيعته الحال إلى جانب العيوب التى تشوب الالتزام فى ذاته . وفى ذلك تقضى المادة ٢٨١ / ٢ بأنه :

٢٠ - ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن ، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً .

٣ - وقد تنقضى الرابطة التى تجمع المدين بأحد دائنين ، مع بقاء الروابط التى تجمع بينه وبين الباقيين قائمة ، كما إذا أبرأه أحد دائنيه دون الباقيين ، أو انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى هذا الدائن وحده وفى هذه الحالة ، لا ينقضى الدين ، إلا بالنسبة إلى حصة الدائن الذى زالت رابطته بالمدين . أما باقى الدين فيظل قائماً لصالح الآخرين . وفى ذلك تقضى المادة ٢٨٢ / ١ بأنه : « ١ - إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمة قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله » .

١٨٩ - ثالثاً: التباة التبادلة بين الدائنين

كما تقوم التباة التبادلة بين المدينين في التضامن السلي، تقوم بين الدائنين في التضامن الائجابى، وفي نفس الحدود، أى فيما ينفع وليس فيما يضر.

فكل من الدائنين المتضامنين يعتبر نائباً عن الباقي، فيما ينفع هؤلاء، وليس فيما يضرهم. فإذا أعذر أحد الدائنين المدين، اعتبر هذا معذراً من جميعهم. ولكن إذا أعذر المدين أحد الدائنين، اعتبر هذا الأخير معذراً وحده. وإذا طالب أحد الدائنين المدين قضائياً بالدين، اعتبرت المطالبة القضائية موجبة من الجميع، بالنسبة إلى سريان القوائد، وبالنسبة إلى قطع التقادم. وإذا تصالح أحد الدائنين مع المدين، كان للباقي أن يفيدوا من هذا الصلح، إذا كان فيه نفع لهم، ولكن لا يلزمون بنتائجه، إذا كان ضاراً بهم. المهم في كل ماسبق أن التباة التبادلة بين الدائنين تقتصر على ما يكون فيه النفع لهم. أما ما ياتيه أحدهم ويكون من شأنه أن يضر بالباقي، فلا يسرى إلا عليه وحده، ولا يعتد به في مواجهة الباقي، إلا إذا أقروه بدورهم. وفي ذلك تقضى المادة ٢/٢٨٢ بأنه: « ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين ».

١٩٠ - (ب) آثار التضامن الائجابى فى عقود الرائبة بعضهم

ترتد آثار التضامن بين الدائنين في علاقتهم ببعضهم البعض، إلى نفس المبدأين اللذين يحكمان آثار التضامن بين المدينين في علاقتهم ببعضهم البعض، وهذان المبدأان هما انقسام الدين، ورجوع كل من الدائنين على من يكون قد استوفى الدين منهم بحصة فيه.

١٩١ - أولاً: انقسام الركن بينه الرائبة

وحدة الدين لا نكون في التضامن الائجابى، كما هو الشأن في التضامن

السلي، إلا في علاقة الدائنين بالمدين. أما في علاقة الدائنين بعضهم ببعض، فإن الدين ينقسم عليهم، وتكون القسمة بينهم بالتساوي، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (المادة ٢٨٣/٢) .

ويترتب على انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض، أن ما يستوفيه أحدهم منه يكون من حقهم جميعاً، ويقسمونه على أساس حصصهم. وفي ذلك تقضي المادة ١/٢٨٣ بأنه: «كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحصون فيه» .

ويلاحظ أن النص يقضي بأن الدائنين يتحصون في كل ما يستوفيه أحدهم. وعلى هذا فأي مبلغ يأخذه أحد الدائنين، ولو كان لا يتجاوز حصته في الدين، يكون من حقهم جميعاً^(١)، يقسمونه على أساس حصصهم^(٢). وتظهر أهمية هذا الحكم في حالة إعسار المدين.

١٩٢ - ثانياً: مجموع الدائنين على من استوفى الدين

يترتب على انقسام الدين بين الدائنين المتضامنين، إنه إذا استوفاه أحدهم، في كله أو في جزء منه، اعتبر أنه أخذ ما يخصه وما يخص كلا من الباقيين؛ فليسوغ لكل من هؤلاء أن يرجع عليه نصيبه مما أخذ، فإن كان الدين التضامني مثلاً، ٣٠٠ جنيه، وكان مقرراً لصالح (ب) و (ج) و (د)، ثم استوفاه كله (ب)، كان لكل من (ج) و (د) أن يطالب (ب) بحصته، أي بمائة. وإذا لم يكن (ب) قد استوفى من الدين إلا ١٥٠ جنيهاً؛ كان لكل من (ج)

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يؤيد هذا الحكم. أنظر الأعمال التوضيرية ج ٣

ص ٦١.

(٢) ويلاحظ هنا الخلاف بين التضامن الإيجابي والتضامن السلبي. فقد رأينا في هذا الأخير أنه لا يجوز للمدين التضامن أن يرجع على زملائه إلا بما يكون قد وفاه زائداً على حصته من الدين (أنظر ما سبق، بقية ١٧٨) .

و (د) أن يطالبه بخمسين. وإذا أعسر الدائن بعد استيفائه الدين، تحمل باقي الدائنين تبعه إعساره، ولا يسوغ لهم أن يرجعوا بشيء ما على المدين؛ إذ أن ذمة هذا الأخير قد برئت نهائياً عند وفاة الدين للدائن الذي أعسر.

وطريق الدائن المتضمن في رجوعه بمحضته على زميله الذي استوفى الدين هو الدعوى الشخصية. وتؤسس تلك الدعوى على الوكالة، إن اتضح أن الدائنين قد وكأوا بعضهم البعض في استيفاء الدين. فإن لم تظهر نية الوكالة، استست الدعوى الشخصية على الإثراء بلا سبب. أما دعوى الحلول، فلا يكون لها هنا مجال بالضرورة. إذ أن هذه الدعوى تكون لمن يوفى الدين للدائن؛ فهي لا تكون للدائن الذي يستوفى حقه شخص آخر.

المبحث الثاني

عدم قابلية الالتزام للانقسام

١٩٣ الالتزام غير القابل للانقسام obligation indivisible
أذاك الذي يتحقق اقتضائه من الدائن أو أدائه من المدين كاملاً غير مجزأ. فهذا الالتزام يتميز بأن تنفيذه يتم بأداء كل موضوعه، من غير أن يعتري هذا الموضوع تجزئة أو انقسام. ومثاله الالتزام بتسليم جواد أو سيارة؛ فتسليم الجواد أو السيارة لا يمكن أن يتم بالتجزئة؛ فهو إما أن يتم كاملاً، أو لا يتم أصلاً.

١٩٤ - المحاولات التي يكون فيها الالتزام غير قابل للانقسام

تعرضت المادة ٣٠٠ للحالات التي يكون فيها الالتزام غير قابل للانقسام؛ وهي في ذلك تقضي بأنه: « يكون الالتزام غير قابل للانقسام: (أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. (ب) إذا تبين من الغرض الذي وثق إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك ».

ومن هذا النص يبين أن الالتزام يكون غير قابل للانقسام في حالتين أساسيتين: (أ) أن تحول طبيعة محل الالتزام ذاتها دون تجزئة الوفاء به ، وهذا هو عدم الانقسام الطبيعي أو الحتمي. (ب) أن يتفق الدان والمدين على عدم تجزئة الوفاء بالالتزام ؛ وهذا هو عدم الانقسام الاتفاق أو المشترط .
ونتناول فيما يلي ، كلا من هاتين الحالتين .

١٩٥ - (أ) عدم الانقسام الطبيعي أو الحتمي فيها تجزئة طبيعة محل الالتزام ذاتها دون إمكان تجزئة الوفاء به . فـهذه الطبيعة تتحم بذاتها وببمجرد ما أن يتم الوفاء بالالتزام كاملاً غير مجزأ . وأبرز مثال لهذه الحالة ، الالتزام بتسليم حيوان حي بقررة أو جواد ؛ فطبيعة البقرة أو الجواد تحول دون إمكان تجزئة التسليم .

وإذا استعرضنا الأنواع المختلفة للالتزامات بالنسبة إلى عدم الانقسام الطبيعي وجدنا الآتي :

فما يتعلق بالالتزام بالإعطاء أو الالتزام بنقل الحق المعني أو بإنشاءه ، نجد أن عدم الانقسام الطبيعي لا يرد عليه في الأصل . إذ أن تجزئة الوفاء بهذا الالتزام يغلب أن تكون ممكنة ، من الناحية القانونية أو المعنوية ، إن لم تكن من الناحية المادية . فإذا باع شخصان مثلاً ، بقرة يملكها في الشيوع بحق النصف لكل منهما ، كان التزامهما ينقل ملكيتها إلى المشتري قابلاً للانقسام ، إذا قصرنا النظر على مجرد موضوعه ؛ إذ أنه يسوغ لكل من البائعين أن ينفذ التزامه بنقل حصته في البقرة شائعة إلى المشتري . فالتجزئة المعنوية أو القانونية للالتزام هنا ممكنة ، وإن كانت تجزئة البقرة مادياً مستعصية . وإمكان حصول للتجزئة المعنوية أو القانونية كاف لرفع وصف عدم القابلية للانقسام عن الالتزام . ويستثنى من الأصل السابق الالتزام بإنشاء حق الارتفاق وحق الرهن ؛ إذ أن هذين الحقين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما .

وفىما يتعلق بالالتزام بعمل ، نجد الأمر يختلف وفقاً لطبيعة العمل . ففي بعض الأحيان ، يكون الالتزام بعمل قابلاً بطبيعته للانقسام . وأبرز مثال لذلك الالتزام بدفع مبلغ من النقود ؛ إذ النقود قابلة للتجزئة . ومن أمثلة الالتزام بعمل القابل للانقسام أيضاً الالتزام بتسليم قطعة أرض أو كمية من القطن أو القمح . وفي بعض الأحيان الأخرى ، يكون الالتزام بعمل غير قابل للانقسام بطبيعته ، كالالتزام بتسليم جواد أو سيارة ، والالتزام بالتأجير بدفع التعرض الذى يقع من الغير للمشتري .

دستور أما الالتزام بالامتناع عن عمل ، فيجب أن يكون غير قابل للانقسام بطبيعته . فإذا باع الشركاء فى متجر ، مثلاً ، متجراً هذا والتزموا بعدم منافسة المشتري ، ما اعتبر التزامهم هذا متيناً ، إلا إذا امتنعوا جميعاً عن إجراء كل ما يترتب عليه حصول المنافسة .

١٩٦ - (ب) عدم الانقسام الاتفاقى أو المشروط

لا يرجع عدم انقسام الالتزام إلى طبيعة محله حسب . إذ أنه يجوز أيضاً أن يخلف هذا الوصف عليه ، بمقتضى اتفاق الدائن والمدين . فالاتفاق على عدم انقسام الالتزام بحول دون تجزئة الوفاء به ، حتى لو كان محله مما يقبل التجزئة فى ذاته (١) .

والاتفاق على عدم انقسام الالتزام قد يحىء صريحاً ، وقد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال . ومثال الاتفاق الصريح أن يقتضى شخصان أن يقرضا شخصاً ثالثاً أو أكثر مبلغاً من النقود ويتفقان مع الدائن على عدم تجزئة الوفاء به ؛ فهنا

(١) وإمكان الاتفاق على عدم الانقسام لا يقتصر على الالتزام الواحد . إذ أنه يجوز للدائن بالتزامين أو أكثر أن يتفق مع المدين أو المدينين ، إذ تصدوا ، على الجمع بين هذه الالتزامات ، وبأن يكون مجموعها لا يقبل التجزئة . انظر فى هذا المعنى : السهورى ، الوسيط ج ٣ ص ٣٨١ هامش ١ - اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ص ٣٠٦ هامش ١ - نفس ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ ، مجموعة النقض ص ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ .

يبقى الالتزام واحداً ولا ينقسم على المقترضين ، برغم أن النقود في ذاتها تقبل التجزئة . أما الاتفاق الضمني على عدم تجزئة الوفاء بالالتزام ، فهو الذي يستخلص من ظروف الحال . وأهم تلك الظروف في العمل هو الغرض الذي يرى إليه الدائن والمدين من تنفيذ الالتزام . فإذا تبين من الغرض الذي يرى إليه المتعاقدان من تنفيذ الالتزام أنهما ارتضيا عدم تجزئة الوفاء به ، اعتبر أن هناك اتفاق ضمني بينهما على عدم الانقسام ، وأنتج هذا الاتفاق ما هدف إليه . ومثال هذه الحالة أن يتفق شخص مع عدة مقاولين على أن يشيدوا له داراً وفقاً لمواصفات معينة ، فواضح هنا أن الغرض الذي قصده رب العمل ووافقه عليه المقاولون هو تشييد الدار كاملة ، فلا يسوغ الوفاء بالالتزام بجزء ، برغم أن تشييد الدار في ذاته يقبل التجزئة ، إذ أنه من الممكن أن يقوم أحد المقاولين بوضع الأساس وأن يتولى ثان إقامة الجدران وثالث الأبواب والنوافذ . الخ . ومثال الحالة التي نحن بصددتها أيضاً أن تباع قطعة أرض معدة للبناء محدودة المساحة ، بحيث يتعذر على المشتري البناء عليها للغرض الذي يستهدفه إلا إذا أخذها كلها ، أو يتعذر على البائع تصريف ما بقي منها إذا لم ينفذ البيع على جزء منها ^(١) .

(١) ومثال عدم تجزئة الوفاء بالالتزام وفقاً للغرض الذي قصده المتعاقدان كذلك ما استخلصته محكمة الموضوع ووافقتها عليه محكمة النقض في قضية تلتبس وراثتها في الآتي : باع شخص لأخر قطعتي أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى ، وأفرغ البيع في محرر واحد ، واشترط أن يدفع المشتري جزءاً من ثمن القطعة الأولى وفاء لدين يخصها مقرر لأحد من الغير ، وأن يدفع الباقي من هذا الثمن وفاء لدين يخص القطعة الثانية ، وأن يدفع من ثمن القطعة الثانية ما يكمل الوفاء بالدين الذي يخصها ، والباقي من هذا الثمن يكون من حق البائع . واستخلصت المحكمة من هذه الوقائع أن البائع استهدف من بيع القطعتين التخلص من كل ديونه دومة واحدة ، وأنه قصد أن يكون التزام المشتري يدفع ثمن القطعتين واحداً لا يقبل التجزئة . وانتهت المحكمة من ذلك إلى القضاء برفض الدعوى التي رفضها المشتري بصحة ونفاذ البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين وحدها ، وإلى أسبق على قيامه بدفع كل الثمن الحاس بها . وأسندت المحكمة قضاءها على أن الثمن المستحق على المشتري هنا هو ثمن القطعتين ، وأن هذا الثمن لا يقبل التجزئة ؛ فإذا كان المشتري لم يدفعه كله ، حق للبائع أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بقتل ملكية القطعتين كليهما . أنظر نفس ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ٨٢

ويغلب في العمل أن يكون عدم الانقسام المشروط متفقا عليه لمصلحة الدائن؛ إذ أنه في اشتراط ضمان قوى لاستيفائه دينه عند تعدد المدينين، فضلا عن اليسر الذي يتاح له في اقتضائه. كاستيفائه بعد قليل. وليكن لا يوجه (٥) ثمة ما يمنع من أن يشترط عدم الانقسام لمصلحة المدين. ومثال هذه الحالة الأخيرة، ما تشترطه الشركات عادة بالنسبة للأسهم والسندات، حيث تستلزم عدم التجزئة بالنسبة إلى قيمتها وأرباحها أو فوائدھا.

وفي جميع الأحوال، يلزم، للقول بوجود اتفاق على عدم انقسام الالتزام، أن تكون الإرادة المشتركة للدائن والمدين كليهما قد انصرفت إليه؛ فلا يكفي أن تصرف إليه إحدى هاتين الإرادتين دون الأخرى. ويلزم أيضا أن يكون الاتفاق على عدم الانقسام، سواء أكان صريحا (٥) أم ضمنا، قاطعا في الدلالة عليه. فهو، كالتضامن، لا يفترض. إذ أن الأصل في الالتزام هو انقسامه، إذا تعدد الدائون أو المدينون. كما سبق أن بيناه في حينه، وما يخالف الأصل لا يفترض ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه. وعلى وجه الخصوص، لا يفترض عدم انقسام الالتزام، لمجرد أن الالتزام الذي يقابله غير قابل للانقسام. فإذا التزم شخصان، مثلا، بنقل ملكة أرض، وكان التزامها غير قابل للانقسام، فإن الالتزام يدفع ثمن هذه الأرض لا يتصف بعدم الانقسام، لمجرد أن الالتزام الأول انقسم به، بل يلزم لذلك أن يشترط عدم الانقسام بالنسبة إلى الثمن.

ويلاحظ أن عدم انقسام المشروط، أي ذاك الذي يجيء نتيجة الاتفاق عليه، يختلف في أثره باختلاف ما إذا كان قد اشترط تحقيقا لغرض من الالتزام، أو ما إذا كان قد اشترط لضمان استيفاء الدائن دينه. ١.

(٥) في الحالة الأولى، يقتصر عدم الانقسام على التنفيذ العيني؛ فلا يرد على التعويض الذي يستحق عند عدم إجراء هذا التنفيذ. فإذا باع شخصان، مثلا، قطعة أرض، بغرض أن يبنى المشتري عليها كاهن داراً أو مصنعا،

كان التزام البائعين بنقل الملكية غير قابل للتجزئة ، وفقاً للغرض المقصود منه ؛ الأمر الذى يجعل التنفيذ العيني لهذا الالتزام غير حاصل بالنسبة إليه في مجموعه ، حتى لو امتنع هذا التنفيذ بالنسبة إلى جزء فقط من الأرض .
 أما إذا استحال تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلى تعويض ، فإن التعويض ينقسم على البائعين ، ولا يكون كل منهما ملتزماً إلا بدفع حصته منه . إذ أنه هنا يتخلف الغرض الذى من أجله اشترط عدم الانقسام . وهذا هو نفس ما يحصل بالنسبة إلى عدم انقسام الالتزام الناشئ من طبيعة محله ، أى عدم الانقسام الطبيعى أو الحتمى . فهذا أيضاً لا يلحق عدم الانقسام إلا بالتنفيذ العيني ، دون التنفيذ بطريق التعويض ، إذا قام هذا التعويض ، كما هو الغالب ، على مبلغ من النقود . فإذا التزم شخصان ، مثلاً ، بتسليم حصان ، كان التنفيذ العيني لهذا الالتزام غير قابل للانقسام ؛ إذ أن طبيعة موضوعه تحول بذاتها دون إمكان تجزئته الوفاء به . أما إذا استحال هذا الالتزام إلى تعويض ، فإن التعويض ينقسم على المدينين ؛ إذ أن طبيعة النقود التى يقوم التعويض عليها لا تحول دون انقسامه .

أما في الحالة الثانية لعدم الانقسام المشروط ، أى تلك التى يشترط فيها عدم انقسام الالتزام لضمان حق الدائن ، فإن هذا الوصف يلحق التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض على حد سواء . إذ أن الغاية المقصودة هنا من اشتراط عدم الانقسام هى توفير الضمان واليسر للدائن فى استيفاء حقه . وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا توافرت عدم التجزئة بالنسبة إلى نوعي التنفيذ كليهما .

١٩٧ - يخلص من كل ما سبق أن عدم انقسام الالتزام يرجع فى مصدره إلى أحد أمرين : (الأول) أن تحول طبيعة موضوع الالتزام ذاتها دون إمكان تجزئته الوفاء به . وهذا هو عدم انقسام الالتزام الطبيعى أو الحتمى ؛ أو المطلق . (الثانى) أن يتفق الدائن والمدين على عدم انقسام الالتزام .
 (م ٢٢ - أحكام الالتزام)

سواء أجاز هذا الاتفاق صريحاً ، أم استخلص ضمناً من ظروف الحال ،
لا سيما من الغرض من تنفيذ الالتزام . وهذا هو عدم الانقسام الاتفاقي
أو المشروط .

كما يخلص مما سبق أن عدم انقسام الالتزام ، ينقسم بالنسبة إلى مدى
أثره ، إلى نوعين : (الأول) عدم انقسام لا يلحق الالتزام ، إلا بالنسبة
إلى التنفيذ العيني ، دون التنفيذ بطريق التعويض . ويشمل هذا النوع عدم
الانقسام الذي يرجع إلى طبيعة محل الالتزام ، وذلك الذي يشترط تحققاً
للغرض المقصود من الالتزام ، (الثاني) عدم انقسام يلحق الالتزام بالنسبة
إلى التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض على حد سواء . وهذه هي حالة
الانقسام الذي يشترط لمجرد الضمان .

١٩٨ - متى تبرز أهمية عدم انقسام الالتزام ؟

يتمتع بيننا فيما سبق حالات عدم انقسام الالتزام . ويكاد لا يكون لهذا
أوصاف أثر ، طالما كان كل من الدائن والمدين واحداً لا يتعدد^(١) . إذ أنه
في هذه الحالة ، يسوغ للدائن أو للمدين أن يعتبر الالتزام غير قابل
للانقسام ، حتى لو كان هو في ذاته يقبل التجزئة . وذلك لأن الأصل هو أن
الدائن لا يحجر على قبول الوفاء الجزئي بحقه (المادة ١/٣٤٢) ، كما أن للمدين
أن يلزم الدائن باستيفاء كل الدين .

أما إذا تعدد المدينون أو الدائنون ، سواء أنشأ تعددهم هذا عند قيام
الالتزام ، أم في تاريخ لاحق ، كما إذا مات الدائن وانتقل حقه بموته إلى ورثته

(١) ومن الآثار القليلة التي ينتجها عدم انقسام الالتزام في حالة وحدة كل من الدائن والمدين
أنه لا يجوز للتاضي ، عند منحه نظرة الميسرة تطبيقاً للمادة ٢/٣٤٦ ، أن يحكم بالوفاء بالالتزام
غير قابل للانقسام على أقساط ، وإن سأل له أن يرجي " الوفاء بالالتزام في مجموعة إلى الأجل
الذي يراه " . أنظر في هذا المعنى : السهوري ، الوسيط ج ٣ ص ٣٨١ .

متعددین^(١)، فإن أهمية عدم انقسام الالتزام تبرز واضحة. إذ أنه يترتب عليه هنا آثار فعالة. وتتناول هذه الآثار فيما يلي، مفرقين بين حالة تعدد المدينين وحالة تعدد الدائنين.

١٩٩ - (١) آثار عدم انقسام الالتزام عند تعدد المدينين
إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام، كان لهذا الوصف آثار في علاقة المدينين بالدائن، وآثار أخرى في علاقة المدينين ببعضهم البعض. وتتناول هذين النوعين من الآثار فيما يلي:

٢٠٠ - أولاً: آثار عدم انقسام الالتزام في علاقة المدينين بالدائن
يقوم عدم انقسام الالتزام في علاقة المدينين بالدائن على مبدئين أساسيين، هما وحدة الدين. وتعدد الروابط. وهو، في هذين الأمرين، يتفق مع التضامن. ولكنه يختلف عنه في عدم انطوائه على النسيئة التبادلية بين المدينين.

٢٠١ - وحدة الدين يترتب على وحدة الدين، كما هو الحال تماماً في التضامن، ثبوت الحق للدائن في أن يطالب أيأ من المدينين بأوفاء الكامل للالتزام غير القابل للانقسام. وفي هذا تنقض المادة ١٣٠١ بأنه: «إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بأوفاء الدين كاملاً».

وإذا وفي أحد المدينين بالالتزام، برئت ذمته وذمة المدينين الآخرين في مواجهة الدائن، مع ثبوت حق الموفى في الرجوع على شركائه بمحصولهم، كما سيحىء بعد قليل. ويستوى مع الوفاء أسباب الانقضاء الأخرى التي تعادله، كالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة التي يتمسك بها المدين المطالب في حق يكون ثابتاً له على الدائن.

(١) أمانات المدين وتخليفه ورثة متعددين، فلا يحيل لعدم انقسام الالتزام أهمية تدكر في قانوناء بخلاف ما عليه الحال في فرنسا وفي غيرها من البلاد الأوربية. إذ أن الدين عندنا لا ينتقل إلى الورثة المدين بعد موته، بل تظل تركته ملتزمة به إلى أن ينقضي. وعلى هذا يجوز للدائن أن يطالب تركه مدينة بكل دينه، حتى لو تعدد ورثته، وحتى لو كان الدين مما يقدل التجزئة في وفائه.

٢٠٢ - تعدد الروابط : إلى جانب وحدة الدين ، يقوم الالتزام غير القابل للانقسام على تعدد الروابط ، شأنه في هذا أيضاً شأن الالتزام التضامني . فالدين ، وإن كان واحداً ، إلا أنه ينقل كل مدني نتيجة علاقة خاصة تربطه بالدائن ، استقلاً عن العلاقات التي تربط هذا الدائن بكل من المدينين الآخرين . ويترب على تعدد الروابط هنا نفس الآثار التي رأيناها في التضامن ، والتي تلخص فيما يأتي :

١ - قد تتعب الرابطة التي تجمع الدائن بأحد المدينين بحسب لا تشوب الروابط التي تجمع الدائن بكل من الباقيين ، كما إذا كان ناقص الأهلية أو شاب رضاه وحده غلط أو تدليس أو إكراه .

٢ - قد يرد على الالتزام غير القابل للانقسام وصف ، كأجل أو شرط ، بالنسبة إلى مدني معين ، في حين أن هذا الوصف لا يرد على الالتزام فيما يتعلق بالباقيين .

٣ - قد ينقض الالتزام غير القابل للانقسام بالنسبة إلى مدني معين ، مع بقاءه قائماً بالنسبة إلى غيره ^(١) ، كما إذا تقادم الدين بالنسبة إليه وحده ،

هـ (١) ويقول أستاذنا الكبير السهوري برأى عكس مؤداه أن انقضاء الدين غير القابل للأقسام بالنسبة إلى أحد المدينين يؤدي إلى انقضائه بالنسبة إلى الباقيين ، حتى لو حصل هذا الانقضاء بسبب آخر غير الوفاء أو ما يماثله ، كما لو حصل نتيجة لإبراء الدائن أحد للمدينين دون الباقيين ونتيجة تقادم الدين بالنسبة إليه (أنظر السهوري ، الوسيط ج ٣ نبذة ٢١٧) . ونحن لا نستطيع أن نقر هذا الرأي . إذ أنه في الالتزام غير القابل للانقسام ، كما هو الحال تماماً في الدين التضامني ، يشتر كل مدني متجسداً بالدين كله ، وتحمله بهذا الدين ينشأ من رابطة تجمعهم بالدائن مستقلة ومتميزة عن الروابط التي تجمع بين الدائن وبين باقي المدينين . فإذا انقضت الرابطة التي تجمع هذا الدين بالدائن نتيجة سبب خاص بمسما وحدها ، فإن ذلك لا يمس ، بحسب الأصل ، الروابط الخاصة بالباقيين . ويترب على ذلك بقاء الدين قائماً بالنسبة إلى هؤلاء الآخرين . ولما كان انقضاء الدين ، بالنسبة إلى الدين الدين نحن بصده ، قد وقع بسبب يترى للدائن ، كان على هذا الأخير أن يتحمل بمحضته من غرم الدين ، ولا يحمل بها الباقيين . من أجل ذلك كان للدائن أن يرجع على هؤلاء بالدين عل النحو الذي بيناه في المتن . وقد وصل زميلنا الدكتور عبد المحي حجازي إلى نفس الحكم الذي تقول به ، وإن كان لم يطبقه بكل مؤداه في حالة تقادم الدين غير القابل للانقسام بالنسبة إلى أحد المدينين ؛ إذ أنه يرى هنا أن الدين يمتي قائماً بالنسبة إلى باقي المدينين ، ويكون للدائن أن يطالب به بأياً منهم دون استثناء شيء منه (أنظر عبد المحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ص ٢٦٢ وما بعدها) .

أو أبرأه الدائن منه دون الباقي . وفي هذه الحالة ، يكون للدائن الحق في أن يطالب كلا من المدينين الذين لم ينقض الدين بالنسبة إليهم بالدين كاملاً . مع اقتطاع حصة ذلك الذي انقضى الدين بالنسبة إليه ، إذا أمكن تجزئة الوفاء . أما إذا كانت هذه التجزئة غير ممكنة ، إما لأن طبيعة محل الالتزام تحول دونها ، وإما لأن وقوعها يتجافى مع الغرض المقصود من الالتزام ، كان للدائن أن يطالب أيًا من المدينين الذين لم ينقض الالتزام بالنسبة إليهم بالوفاء الكامل ، مع ثبوت الحق للوفى في أن يرجع عليه (على الدائن) بقيمة حصة المدين الذي تقرر الانقضاء لصالحه .

٤ - يجوز لكل من المدينين في الدين غير القابل للانقسام أن يتمسك ، فضلاً عن الدفوع المتعلقة بالالتزام في ذاته ، بالدفوع الخاصة به . ولكنه لا يجوز أن يتمسك بالدفوع الخاصة بغيره من المدينين .

٢٠٣ - مهم قسام التباينة : يختلف الالتزام غير القابل للانقسام عن الالتزام التضامني في أنه لا ينطوي على نيابة تبادلية بين المدينين ، لا فيما ينفعهم ولا فيما يضرهم . وهذا هو الرأي السائد في الفقه الفرنسي . ولا يوجد نص في قانوننا يقطع به . ولكن الأعمال التحضيرية التي اكتتفتها ^(١) . وتسير عليه أغلبية قضاةنا ^(٢) .

(١) فقد مناقشة التصور الخاصة بعدم قابلية الالتزام للاهتمام أمام لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، اقترح مستشارو محكمة النقض إضافة نص مؤداه : « تسرى أحكام التضامن على الالتزام غير القابل للانقسام وذلك بقدر ما تتفق هذه الأحكام مع طبيعته » . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح . وقد بررت قرارها هذا بأن « أكثر أحكام التضامن تقوم على فكرة النيابة ، ومن الأحوط التحرز من بسط نطاق هذه الفكرة على الالتزام غير القابل للانقسام . أما بيان الأحكام التي يشير إليها الاقتراح ، فيرجع فيها إلى القواعد العامة . فضلاً عن أن صيغة النص المقترح لا ترد التاضي إلى ضابط بين المالم » .

(٢) وقد قال بهذا الرأي : السهروري ، الوسيط ج ٣ نبذة ٢١٨ - عبد الحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٢٦٤ . وعارضة لإسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، نبذة ٢١٨ .

فالمدين في الدين غير القابل للانقسام لا يعتبر ، فيما يقوم به من أعمال ،
بنيابته منهم نفعهم . وفي هذا يختلف الالتزام غير القابل للانقسام عن الالتزام
التضامني ، إذ أن هذا الأخير ينطوي ، كما بيناه في حينه ، على نيابة تبادلية
فيما ينفع وليس فيما يضر .

فإذا أعذر أحد المدينين في الدين غير القابل للانقسام الدائن ، ما اعتبر
الدائن معذراً إلا منه . وإذا وجه الإعذار من الدائن إلى أحد المدينين ، فإن
هذا الأخير وحده هو الذي يعتبر معذراً ، دون الباقي . وكذلك الشأن
بالنسبة إلى المطالبة القضائية ، وما يترتب عليها من استحقاق الفوائد
التأخيرية (١) .

بموجبهم على أنه إذا كانت النيابة التبادلية لا تقوم في الدين غير القابل للانقسام ،
إلا أنه قد يترتب على عمل يجريه الدائن في مواجهة أحد المدينين أن يتنفع
بمنه الباقي ، استناداً إلى مبدأ آخر يؤدي إلى هذا الحكم ؛ وهذا هو مبدأ
وحدة الدين وعدم انقسامه [فإذا أقر الدائن ، مثلاً ، في مواجهة أحد المدينين ،
ببطلان الالتزام لسبب من هذا الالتزام في ذاته ، كعدم مشروعية محله
أو سببه ، أفاد الباقي من هذا الإقرار ، لا استناداً إلى أن من صدر في
مواجهته هذا الإقرار كان يمثلهم في تلقيه ، ولكن استناداً إلى أن الالتزام
واحد ، وأنه لا يمكن أن يكون باطلاً وصحياً في نفس الوقت . وكذلك
الشأن لو صدر الحكم لصالح أحد المدينين ضد الدائن يبطلان الدين لسبب
يمس في ذاته (٢) . أما إذا صدر الحكم لصالح الدائن في مواجهة أحد المدينين ،

(١) وهذا هو نفس الحكم الذي رأيناه بالنسبة إلى التضامن ، استناداً إلى أن النيابة التبادلية
فيه مقصورة على ما ينفع للمدينين ، دون ما يضرهم .

(٢) ويلاحظ أن بعض القهاء يتحدون في الاعتداد بوحدة الدين غير القابل للانقسام .
ويقولون بنتائج لا تخلو ، في رأينا ، من البالغة والإسراف . فهم يقولون ، مثلاً ، بأنه إذا انقطع
التقدم أو وقف بالنسبة إلى أحد المدينين ، فإنه يتقطع أو يقف بالنسبة إلى الآخرين ، وأنه إذا
وجهت الدين الحاسمة إلى أحد الدينين خلفها وبرئت ذمته من الدين نتيجة لذلك ، أفاد الباقي =

فهذا الحكم لا يسرى على الباقين ، لأنهم لم يكونوا ممثلين في الدعوى .
وقد بنت المادة ٣٨٤ مرافعات على وحدة الدين غير القابل للانقسام حتى
المدين الذي قوت ميعاد الطعن في الحكم أو قبله في أن يطعن فيه أثناء نظر
الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضمّاً إليه في طلباته .

٢٠٤ — ثانياً : آثار عدم الانقسام في عملة المدينين ببعضهم

سواء إذا وفي أحد المدينين بالالتزام غير القابل للانقسام ، أو أداه بسبب
آخر يعادل الوفاء ، كإوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد ، كان له أن يرجع
بالضرورة على زملائه . لأن الدين الذي وفاه لم يكن عليه وحده . بل عليه
وعلى الآخرين .

بيد أن حق المدين الموفى في الرجوع على زملائه ثبت له منقسماً
على هؤلاء . لأن عدم القابلية للالتزام ترد عليه حال كونه ثانياً للدائن . فإن
استوفاه الدائن ، انقضى هذا الالتزام ، ونشأ حق جديد للموفى في أن يرجع

== من هذا الحلف ، وبرت ذمهم بدورهم (أنظر: السهوي ، الوسيط ج ٣، ٢١٨ —
عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ص ٢٦٤ وما بعدها) . وهذا القول محل للنظر .
إذ أن وحدة الدين ، لا تمنع من أنه يتحمل كل مدين نذبة رابطة مستقلة تجبها بالدائن . فإذا
انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى أحد المدينين وترتب على ذلك بقاء الدين في مواجهته ،
فهذا لا يمنع من انقضاء هذا الدين بالنسبة إلى الباقين ، إذا اكتملت مدة التقادم بالنسبة إليهم .
ولا يحول عدم انقسام الدين دون الأخذ بهذه النتيجة . إذ أن الدين يبقى قائماً في مجموعة في
مواجهة الدين الذي لم ينقض دينه ، ويكون للدائن ، كأصل عام أن يطالبه بالوفاء الكامل له .
إلا أنه لا يجوز من ناحية أخرى، أن يضار هذا الدين بانقضاء الدين بالنسبة إلى غيره ، بحرمانه
من الرجوع عليهم بمخصص فيه . فهذا الغرم يجب أن يتحمله الدائن ، لأن انقضاء الدين بالنسبة
إلى هؤلاء حصل بسبب يرضى إياه . من أجل هذا كان على الدائن ، عندما يطالب المدين الذي
لم ينقض الالتزام بالنسبة إليه ، أن يقصم منه حصص زملائه الذين انقضى الدين بالنسبة إليهم ؟
هذا إذا كانت تجزئة الوفاء ممكنة . أما إذا كانت تلك التجزئة مستعذرة ، كان للدائن أن
يطالب بكل الدين ، على أن يدفع للمدين قيمة حصص زملائه فيه . ويسرى الحكم الذي رأيناه ،
بالنسبة إلى التقادم ، على انقضاء الدين بالنسبة إلى أحد المدينين ، نتيجة حلفه اليدين الخامسة .
فالدائن هنا يبقى بالنسبة إلى الآخرين ، مع تحمل الدائن حصة المدين الذي انقضى الدين بالنسبة
إليه ، على الوجه الذى بيناه .

على كل من زملائه بحصته . وينقسم رجوع الموفى على زملائه ، حتى لو كان بماله من حق الحلول محل الدائن قد رجع بدعوى هذا الأخير .

وينقسم الدين على المدينين بنسبة حصصهم فيه . والأصل هو تساوى هذه الحصص ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره .

هكذا يخلص أن للمدين الموفى أن يرجع على كل من زملائه بحصته في الدين ، ما لم يتضح من الظروف امتناع رجوعه عليهم أو على بعضهم ، كما إذا كان هو صاحب المصلحة وحده في الدين ، ولم يلتزم به الباقون إلا لتوفير ضمان استيفاء الدائن إياه ، وكذا إذا كان موضوع الالتزام هو تسليم شيء ملك في الشيوع للجميع ، وسأله أحد المدينين لوجوده بين يديه . وفي هذا تقضي المادة ٢/٣٠١ بأنه : والمدين الذي وفي بالدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذ تبين من الظروف غير ذلك .

٢٠٥ - (ب) آثار عدم انقسام الالتزام عند تعدد الدائنين

إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام ، أنتج هذا الوصف آثاراً في علاقة الدائنين بالمدين ، وآثاراً أخرى في علاقة الدائنين بعضهم ببعض . ونبين هذين النوعين من الآثار على التوالي :

٢٠٦ - أوزو : آثار عدم انقسام في عطف الدائنين بالمدين :

يخضع عدم انقسام الالتزام عند تعدد الدائنين ، في علاقة هؤلاء بالمدين ، لنفس المبادئ الثلاثة التي رأيناها تحكم عدم انقسام الالتزام عند تعدد المدينين في علاقتهم بالدائن ؛ وهي : وحدة الدين و تعدد الروابط و انتفاء النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر على حد سواء .

٢٠٧ - وحدة الدين : فالالتزام غير القابل للانقسام عند تعدد الدائنين ، كما هو الشأن تماماً عند تعدد المدينين ، وكما هو الشأن في التضامن ، يحتفظ بوحدة في علاقة الدائنين بالمدين ٣ بل إن وحدة الالتزام هنا أقوى

منها في التضامن . فقد رأينا أن التضامن لا يحول دون انقسام الدين بين ورثة الدائن^(١) . ولكن عدم الانقسام يحول دون تجزئة الالتزام ، حتى في حالة ما إذا مات الدائن وخلفه في حقه عدة ورثة . وهكذا فالدين غير القابل للانقسام يظل محفوظاً بوحدة في علاقة الدائنين بالمدين ، وفي علاقة هذا الأخير بكل وارث من ورثة أى من الدائنين . ويترتب على ذلك أنه يجوز لكل واحد من الدائنين ولكل واحد من ورثة أى منهم أن يطالب المدين بالالتزام كاملاً . إذ أن كلا من هؤلاء يعتبر ، في مواجهة المدين ، دائناً بكل الحق . وتستثنى من هذا الحكم الحالة التي يعترض فيها أحد الدائنين أو أحد من ورثة أى منهم على حصول الوفاء الكامل لبعض منهم ؛ إذ هنا يتجتم على المدين الوفاء بالالتزام للدائنين مجتمعين ، أو أن يودع الشيء محل الالتزام لحسابهم . وفي ذلك تقضي المادة ١/٣٠٢ بأنها : « إذا تعدد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً . فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام » .

٢٠٨ - نقد الروابط : عند تعدد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام ، تتعدد الروابط التي تجمع بين كل منهم وبين المدين . فإن اعتبر كل منهم دائناً بكل الحق ، إلا أنه يعتبر دائناً به نتيجة علاقة ترطه بالمدين مستقلة ومتميزة عن العلاقات التي ترط كلا من زملائه هذا المدين . ويترتب على ذلك أن علاقة كل دائن بالمدين قد تتعب بصورها الخاصة ، كما إذا توافرت في حقه وحده شروط إعمال الغلط الذي وقع فيه المدين . ثم أن الالتزام قد يتصف في مواجهة أحد الدائنين بأوصاف لا ترد عليه بالنسبة إلى الباقي . ومثال ذلك أن يفرد أحد الدائنين بمنح المدين أجلاً . وهنا تراعى الأوصاف الخاصة بكل دائن عند مطالبته المدين بالوفاء ، ولكنها لا تسرى في حق

الدائنين الآخرين . ويترتب على تعدد الروابط في النهاية أن الالتزام قد ينقضى بالنسبة إلى أحد الدائنين ، مع بقاء قائماً لصالح الباقيين . مثال ذلك أن يفرد أحد الدائنين بإبراء المدين أو ينقضى الدين بالتقادم بالنسبة إليه وحده . وإذا انقضى الالتزام بالنسبة إلى أحد الدائنين دون الباقيين ، كان لأى من هؤلاء أن يطالب المدين بالوفاء الكامل للالتزام ، بعد استئزال حصة زميلهم الذى انقضى الالتزام بالنسبة إليه ^(١) .

٢٠٩ - انتهاء النيابة التبادلية بين الدائنين

النيابة التبادلية لا تقوم ، كما بينا ، في نظام الالتزام غير القابل للانقسام ، ولا فيما ينفع وفيما يضر ، بخلاف الحال في التضامن ، حيث تقوم تلك النيابة فيما ينفع وليس فيما يضر . فالدائنون في الالتزام غير القابل للانقسام لا ينوبون بعضهم عن بعض ، حتى فيما يؤدي إلى نفعهم . فإذا قطع أحدهم التقادم ، مثلاً ، أو وقف سريانه بالنسبة إليه ، ما أفاد من ذلك غيره من الدائنين ^(٢) ، الأمر الذى قد يترتب عليه انقضاء الالتزام بالنسبة إلى زملائه ، مع بقاء قائماً بالنسبة إليه في حدود حصته . وإذا تصالح أحد الدائنين مع المدين ، ما سرى هذا الصلح على الباقيين إلا إذا أقروه . وإذا صدر الحكم ضد أحد الدائنين ، ما أضر بالباقيين .

ولكن إذا كانت النيابة التبادلية لا تقوم بين الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام ، إلا أنه قد يترتب على عمل يجريه أحدهم النفع له وللباقيين ، ولكن على أساس آخر ، وهو كون الالتزام لا يقبل الانقسام . فإذا صدر ،

(١) هذا إذا كانت تجزئة الوفاء ممكنة . أما إذا لمفوت تلك التجزئة ، كما إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بطبيعته أو بحسب القرض المقصود من الالتزام ، كان للدائن أن يطالب بأداء موضوع الالتزام كاملاً ، على أن يدفع للمدين قيمة حصة زميله الذى انقضى الالتزام بالنسبة إليه .

(٢) أنظر عكس ذلك : السهوى ، الوسيط ج ٣ نبذة ٢٢٦ — عبد الحى خجازى ج ١ ص ٢٧٣ .

مثلا . حكم لصالح أحد الدائنين بصحة الالتزام ، بعد أن دفع المدين ببطانة استنادا إلى سبب ادعى أنه يمس في ذاته ، كعدم مشروعية محله ، أفاد الباقون من هذا الحكم ؛ لأن الالتزام واحد ؛ والالتزام الواحد لا يمكن أن يكون صحيحا وباطلا في آن واحد ، إذا ما راعيناه في ذاته .

٢١٠ - ثانياً : آثار الالتزام غير القابل للوقف - اسم في عروق الدائنين

بمصر مصر

كما هو الحال في التضامن الأجمالي ، لا يحتفظ الالتزام غير القابل للانقسام عند تعدد الدائنين إلا في علاقة هؤلاء بالمدين . أما في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فالالتزام ينقسم بينهم . فإذا استوفى أحد الدائنين الدين ، اعتبر في مواجهة الباقي ، أنه استوفى حصصهم إلى جانب حصته . من أجل ذلك يجوز لكل من هؤلاء الآخرين أن يرجع على الدائن الذي تلقى الوفاء بحصته من الدين . وفي ذلك تقضي المادة ٣٠٢ / ٢ بأنه : « يرجع الدائنين على الدائن الذي استوفى الالتزام ، كل قدر حصته » .

٢١١ - الفرق بين التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام

تناولنا فيما سبق التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام ، باعتبارهما نظامين يحولان دون انقسام الالتزام ومحافظة على وحدته ، رغم تعدد الدائنين أو المدينين . وحرى بنا الآن ، بعد أن انتهينا من دراسة هذين النظامين ، أن نستخلص الفوارق التي تباعد بينهما . وتتركز هذه الفوارق فيما يلي :

أولاً : من ناحية المصدر : ينشأ التضامن نتيجة الاتفاق أو نص في القانون بقرره . أما عدم قابلية للانقسام ، فتنشأ إما نتيجة الاتفاق عليها ، وإما نتيجة لكون طبيعة محل الالتزام لا تقبل التجزئة في ذاتها . وهكذا فقد تنشأ عدم القابلية للانقسام من غير نص أو اتفاق يقضيان بها .

ثانياً : من حيث المبادئ التي تسود كلا من النظامين : يقوم التضامن على وحدة الدين وتعدد الروابط وقيام نيابة تبادلية فيما ينفع وليس فيما يضر . أما عدم القابلية للانقسام ، فإن قام بدوره على وحدة الدين وتعدد الروابط ، إلا أنه لا ينطوي على نيابة تبادلية ، لا فيما ينفع ولا فيما يضر .

ثالثاً : من حيث قوة كل من النظامين : يختلف التضامن عن عدم القابلية للانقسام من حيث قوة كل منهما في الاحتفاظ بوحدة الالتزام . فمن ناحية ، التضامن أكثر قوة في هذا الصدد . فهو يؤدي إلى وحدة الالتزام ، بالنسبة إلى التنفيذ العيني ، وإلى التنفيذ بطريق التعويض على حد سواء . أما عدم القابلية للانقسام ، فالأصل فيه أنه لا يحتفظ بوحدة الالتزام إلا بالنسبة إلى التنفيذ العيني ، دون التعويض الناشئ عن الإخلال به ؛ إذ أن هذا التعويض ينقسم على المدينين أو بين الدائنين على حسب الأحوال . ومن ناحية أخرى نجد عدم القابلية للانقسام أقوى في الاحتفاظ بوحدة الالتزام من التضامن . فهذا النظام الأخير ، لا يحول دون انقسام الالتزام على الورثة . ويظهر هذا الأمر عندنا في التضامن الإجمالي ، حيث ينقسم الحق بين ورثة كل من الدائنين على أساس أنصابتهم في تركته . أما في التضامن السلي ، فلا يظهر الأمر السابق تحت ظل قانوننا ، إذ أن الديون لا تورث عن المدين بعد موته ، بل تظل التركة محملة بها إلى أن تنقضي ، تطبيقاً لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون . أما عدم القابلية للانقسام ، فهو يحفظ للالتزام وحدته ، حتى بالنسبة إلى الورثة .

هكذا يبين أن التضامن وعدم القابلية للانقسام ، وإن توافقا في أمور كثيرة ، إلا أنهما يختلفان في أمور أخرى . وانقسام الالتزام بأحد الوصفين لا يعني اتسامه بالوصف الآخر . فالالتزام التضامني لا يكون بهذا وحده ، إلزاماً غير قابل للانقسام ، والعكس صحيح . ولكل من النظامين مزايا لا توجد في الآخر ، وهذا ما يفسر اجتماعهما في بعض الأحيان ، فيشترط انصاف الالتزام بالتضامن وعدم القابلية للانقسام في وقت واحد .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

٢١٢ - الالتزام لا يبقى دواماً متصلاً بطرفه الأصليين . فقد ينتقل عنهما أو انتقاله قد يتم بالنسبة إلى مظهره الإيجابي والسلبي على حد سواء . فهو ، باعتباره حقاً ، قد ينتقل من الدائن إلى شخص آخر يصبح دائماً به مكانه . وهو باعتباره ديناً ، قد ينتقل عن المدين الأصلي إلى شخص آخر يصبح مديناً به محله .

وانتقال الالتزام في مظهره الإيجابي والسلبي قد يحصل بسبب الوفاة عن طريق الميراث ، كما أنه قد يحصل حال الحياة عن طريق الحوالة .

والانتقال بسبب الوفاة معروف من قديم . فقد أقره الرومان ، بالنسبة إلى مظهره الإيجابي والسلبي على السواء ، برغم أنهم كانوا شديدي التمسك بالزعة الشخصية في الالتزام . وقد ساعدتهم على ذلك نظرتهم إلى الوارث باعتباره امتداداً لشخصية المورث ، فكان الالتزام لا ينتقل في الحقيقة ، ولكنه يستمر قائماً في مواجهة الوارث . وقد أقرت الشريعة الإسلامية بدورها انتقال الالتزام بسبب الوفاة ، بالنسبة إلى مظهره الإيجابي ، أى باعتباره (حقاً) برغم أنها لا ترى في شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث . أما انتقال الالتزام ، بالنسبة إلى مظهره السلبي ، أى باعتباره ديناً ، فلا تقره الشريعة الغراء . فقد حال دونه المبدأ الأساسي الذي يسودها ، وهو لا تركه إلا بعد سداد الديون . فإذا مات المدين ، تحملت تركته بالدين إلى أن يسد من أموالها ؛ فهو بذلك لا ينتقل إلى الورثة .

في أما انتقال الالتزام أثناء الحياة عن طريق الحوالة ، فلم يقره القانون الروماني ، لا بالنسبة إلى مظهره الإيجابي ولا بالنسبة إلى مظهره السلبي . فقد حالت دون ذلك انتقال الزعة الشخصية التي كانت تسود الالتزام

في شريعة الرومان . ف هؤلاء كانوا يردون الالتزام في أساسه إلى رابطة شخصية تجمع بين الدائن والمدين . فكان طبيعياً ألا يسمحوا بتغيير الدائن أو المدين ، من غير أن ينقض الالتزام . وظل القانون الروماني إلى آخر عهده لا يسمح بانتقال الالتزام حال الحياة ، لا بالنسبة إلى مظهره الإيجابي أى حوالة الحق ، ولا بالنسبة إلى مظهره السلبي أى حوالة الدين . بيد أن الرومان مهدوا الطريق لقيام نظام حوالة الحق ، بإجازتهم توكيل الدائن شخصاً غيره في قصته نيابة عنه .

ثم جاء للقانون الفرنسي القديم ، وأقر حوالة الحق ، بغير حاجة إلى رضاء المدين . أما حوالة الدين ، فلم يعترف بها . وسارت مجموعة نابليون ومن بعدها قانوننا المصري القديم على هذا النهج ، مقرين حوالة الحق دون حوالة الدين .^(١) أما الشريعة الإسلامية ، فلا تقر حوالة الحق ، مع استثناء مذهب مالك الذي أجازها في حدود معينة ، ورأى فيها بيعاً أو هبة للدين ، على حسب الأحوال^(٢) . أما حوالة الدين ، فقد أقرتها شريعتنا السمحة ، وإن كان ذلك في صورة لا تتفق مع أحكام حوالة الدين في القانون المعاصر . بل إنها أقرتها في صورة تكاد تكون إلى التجديد أو إلى الكفالة ، على حسب الأحوال ، أقرب منها إلى حوالة الدين بالمعنى الدقيق الذي نعنيه اليوم^(٣) .

وعند وضع قانوننا الحالي ، كانت النزعة المادية في الالتزام ، التي تنظر إليه باعتباره يمثل قيمة مالية قبل أن يكون رابطة شخصية ، أخذت تبرز وتُسود ، لاسيما في القانون الألماني والقانون السويسري . وتأثر مشروعنا بهذه النزعة . فقرر إمكان انتقال الالتزام حال الحياة ، بالنسبة إلى مظهره الإيجابي والسلبي على حد سواء ، وهكذا أجاز قانوننا حوالة الحق وحوالة الدين .
ونتناول أحكام هذين النوعين من الحوالة ، كل في فصل مستقل .

(١) فالمرجمة الإسلامية لا تعرف اصطلاح « حوالة الحق » أصلاً حتى في مذهب مالك ، الذي يرى إمكان انتقال الالتزام من الدائن إلى غيره عن طريق نوع من البيع أو الهبة ، هو بيع الدين أو هبته . وإذا أطلق لفظ الحوالة ، في المبرمة النزاع عتبت به حوالة الدين .
(٢) راجع في هذا المعنى . السهوري ، الوسيط ج ٣ - بند ٢٤٠ .
(٣) فالمرجمة الإسلامية لا تعرف اصطلاح « حوالة الحق » أصلاً حتى في مذهب مالك ، الذي يرى إمكان انتقال الالتزام من الدائن إلى غيره عن طريق نوع من البيع أو الهبة ، هو بيع الدين أو هبته . وإذا أطلق لفظ الحوالة ، في المبرمة النزاع عتبت به حوالة الدين .

الفصل الأول

حوالة الحق

٢١٣ - نعالج حوالة الحق في مباحث ثلاثة : فنناول في المبحث الأول التعريف بها ، وفي الثاني قيامها ، وفي الثالث آثارها .

المبحث الأول

التعريف بحوالة الحق هو انتقال الحق من دائنه إلى شخص آخر

٢١٤ - حوالة الحق cession de créance اتفاق بمقتضاه ينتقل الحق الشخصي من صاحبه ، أي الدائن به ، إلى شخص أجنبي . وفي نظام حوالة الحق ، يوجد ثلاثة أشخاص : الدائن الأصلي الذي يحول الحق ويسمى المحيل cédant ، والشخص الذي يحول الحق له ويسمى المحال له cessionnaire والمدين بالحق الذي يحول الحق عليه ويسمى المحال عليه cédé . وعقد الحوالة يتم بين الدائن الأصلي أي المحيل ، والمحال له ، أما المدين المحال عليه ، فلا يعتبر طرفاً في عقد الحوالة ، وإن لزم أن تنفذ في مواجهته حتى تنتج كل فائدتها .

والأثر الرئيسي للحوالة هو انتقال الحق الشخصي من صاحبه الأصلي ، أي من الدائن المحيل ، إلى الدائن الجديد وهو المحال له . فصفة الدائن تزول عن لأول لتلحق الثاني . أما المدين ، وهو المحال عليه ، فلا يتغير مركزه ، إلا من ناحية أنه أصبح يرى أمامه دائناً جديداً حل محل دائنه القديم .

وحوالة الحق لا ترد إلا بالنسبة إلى الحق الشخصي . فهي لا ترد على الحق العيني . إذ أن هذا الحق الأخير ينتقل وفقاً لأنظمة أخرى . ويتربط على ذلك أن أحكام الحوالة لا تطبق ، إلا بالنسبة إلى انتقال الحق الشخصي .

٢١٥ - أهمية مواءمة الحق وفائزتها

الحالة الحق أهمية بالغة في العمل. وأبرز دليل على ذلك شيوع التجاؤ الناس إليها في معاملتهم. وهي تؤدي أغراضاً عديدة. وهي حينما تؤدي غرضاً معيناً تتكيف بما يلائم تحقيقه.

فقد يقصد بحالة الحق بيعه، في مقابل من يلتزم الحال له بدفعه للمحل. وهنا نكون بصدد بيع الحق الشخصي^(١) من صاحبه الأصلي، وهو المحل، إلى مشتريه، وهو الحال له. وتطبق هنا أحكام البيع، في الحدود التي لا تتنافى فيها مع القواعد الخاصة التي تنظم الحالة. وقد يجد الدائن لنفسه نفعاً كبيراً في بيع حقه الشخصي عن طريق حوالته. ويتوافر له هذا النفع، على وجه الخصوص، إذا كان حقه مقترناً بأجل لما يحل، في حين أنه في حاجة إلى قيمته فوراً، فيلجأ إلى بيعه في مقابل من يدفع له الحال له. وكذلك الشأن في الحالة التي يرى فيها المحل أن ثمة صعوبات تكثفت اقتضاه حقه، كما إذا تعذرت عليه مطالبة الدين، أو تعذر عليه التنفيذ على أمواله، ففي مثل هذه الحالة، قد يرى الدائن أن من الفائدة أن يبيع حقه إلى شخص آخر، قائماً بالثمن الذي يستوفيه منه. والحالة، إذا أفادت المحل، فكثيراً ما تؤدي أيضاً إلى نفع الحال له، إذ أن هذا الأخير، في الغالب من الأمر، يشتري الحق في مقابل من يقل عن قيمته، طمعاً في الكسب. وهكذا تنطوي حالة الحق هنا على المضاربة من جانب الحال له، إذ أنه يقبل التحمل بمخاطر اقتضاء الدين، نظير الكسب الذي يحتمل أن يحققه.

لذلك الحق وقد يقصد بحالة الحق هبته من المحل إلى الحال له. ومثال ذلك أن يهب الأب الحق الذي له على مدين معين إلى ابنه. وهنا تعتبر الحالة هبة، وتطبق

له هبة (١) فالبيع لا يرد على الأشياء وحدها. بل لنا، إذا أردنا أن تنتمي مع منطلق القانون من حيث البيع، وجداً أن البيع لا يرد على الأشياء أصلاً؛ إذ أنه يرد على الحقوق المالية، وسواء كانت في هذا أن يكون الحق المال البيع هو حق عيني أو حق شخصي أو حق ذمي. أنظر. ولفنا. والتمساحضرات في الفود ج ٢ عقد البيع بقية ٤٨.

عليها قواعد الهبة في الحدود التي لا تتنافى فيها مع القواعد الخاصة بالحوالة .
ومن قواعد الهبة التي تطبق هنا وجوب أن ترد الحوالة في الشكل الرسمي ،
والأوقت باطلة . وكذلك يلزم إتيان الحوالة إذا تضمنت هبة ، أو أمر
أهلية التبرع في المحيل ، والاكتفاء في المحال له بأهلية الاعتناء .
وقد تتخذ الحوالة طريقاً لوفاء دين على المحيل للمحال له ومثال ذلك
أن يكون لـ (١) دين على (ب) ، وفي نفس الوقت يكون (١) مديناً لـ (ج)
على الزام آخر ؛ فبدلاً من أن يفي (١) لدائته (ج) بنفس الشيء الذي تعهد
له به ، يفي له به عن طريق حوالة الحق الذي له أي لـ (١) على (ب) . وفي
مثل هذه الحالة ، تتضمن الحوالة وفاء بمقابل ، وتطبق عليها أحكامه في الحدود
التي لا تتنافى فيها مع قواعدها الخاصة .

هكذا تتعدد الأغراض التي تستهدفها حوالة الحق . وهي تتكيف بحسب
الغرض الذي تستهدفه . فهي تارة تتضمن بيعاً للحق ، وطوراً تتضمن هبة له ،
وأحياناً أخرى تتضمن وفاء بمقابل . بل إن حوالة الحق قد تنطوي على
تصرفات أخرى غير ما سبق (١) .

وغنى عن البيان أن تعيين القواعد القانونية التي تنظم حوالة الحق ينطوي
إلى حد كبير بطبيعة العقد الذي تتضمنه ، بيعاً ، كان أم هبة أم وفاء بمقابل ؛
أم غير ذلك من التصرفات . فإذا كانت الحوالة بيعاً ، مثلاً ، حكمتها في أساسها
قواعد البيع . بيد أن هناك قواعد عامة تخضع لها الحوالة ، أياً كانت طبيعة
العقد الذي تنطوي عليه ، وعلى الأخص بالنسبة إلى الحقوق التي يجوز حوالتها .

لأنه

(١) فقد تنطوي الحوالة على مقايضة حق بآخر ، كما إذا حول شخص حقه على مدينه لآخر
في مقابل أن يحول له هذا الآخر حقه على مدينه هو . وقد ينتهي بحوالة الحق الغرض ؛ ويعمل
ذلك إذا اتفق المحيل مع المحال له على أن يقبض الأخير قيمة الدين ، ثم تكون هذه القيمة
رضاً يلتزم بدفعه في أجل محدد . ولا يوجد ما يمنع من أن يوصى الدائن بمحله لآخر ، وهنا
تنطوي الحوالة على وصية . وقد يقصد بالحوالة مجرد توكيل المحيل للمحال له في قبض الدين ثم
فإن هذا الأخير يدفعه للأول (أنظر المادة ١٣٥ من القانون التجاري) .

وإلى نفاذها في حق المدين والغير . وكان من شأن هذه القواعد العامة أن سمت بحوالة الحق ، بالنسبة إلى مكانها من تقنيننا الحالي ، عن مكان العقود الخاصة ، لتجعل لها مكانها في الفصل المخصص للنظرية العامة للالتزام ذاتها^(١).

٢١٦ - التمييز بين موادة الحق والالتزام التي تناسلها

يترتب على حوالة الحق انتقاله من الدائن الأصلي ، وهو المحيل ، إلى دائن جديد محل محله في هذه الصفة ، وهو المحال له . وحوالة الحق بهذه المنة تشابه مع نظامين آخرين يترتب عليهما بدورها تغير الدائن ؛ وهذان النظامان هما التجديد والوفاء مع الحلول . بيد أن الشبه بين هذه الأنظمة الثلاثة ليس كاملاً . فهي تختلف في الأساس الذي يقوم عليه كل منها والنتائج المترتبة عليه . وتتناول هنا التفرقة بين حوالة الحق والتجديد ، ثم التفرقة بينها وبين الوفاء مع الحلول .

٢١٧ - التمييز بين موادة الحق والتجديد : يتخذ تجديد الالتزام

أحدى صور ثلاث : إما أن يحصل بتغير الدين ، أو بتغير المدين ، أو بتغير الدائن (المادة ٣٠٢) . وهو في صورته الأخيرة يشابه مع حوالة الحق . ويتركز هذا الشبه في أننا نجد ، في كل من النظامين ، دائناً جديداً محل محل الدائن القديم . ولكن الفارق بين النظامين كبير . فهما مختلفان في ذات الأساس الذي يقوم كل منهما عليه . فالتجديد ، في صورته الثلاث ، يقوم على انقضاء الالتزام الأصلي وحلول التزام جديد مكانه (المادة ١/٣٥٦) . أما الحوالة ، فتقوم على انتقال الحق ذاته من المحيل إلى المحال له . ويترتب على هذا الاختلاف في الأساس الذي يقوم عليه كل من النظامين اختلاف في الآثار المترتبة عليهما . ففي الحوالة ينتقل الحق ذاته بنفس صفاته وتوابعه وملحقاته وتأميناته من الدائن القديم إلى الدائن الجديد . أما في التجديد ،

(١) أما قانوننا المصري القديم ، فقد تضمن أحكام حوالة الحق في أحد الفصول الخمسة المقد (البيع (الواد من ٣٤٨-٣٥٥ مطن) ، متفقاً في ذلك أثر التقنين الفرنسي (الواد ١٦٨٩-١٦٩٥) .

غالباً للالتزام الأصلي ينقضى بصفاته وتوابعه وملحقاته وتأميناته ويحل محله الالتزام جديد قد يختلف عنه في كل هذه الأمور.

٢١٨ - التمييز بين موالاتي الوفاء مع الحلول : الوفاء مع الحلول نظام مؤداه أن يقع الوفاء بالالتزام من غير المدن ، فحل الموفي محل الدائن في ذات الحق الذي كان له ، ونفس صفاته وتوابعه وملحقاته وتأميناته . وحلول الموفي محل الدائن قد يقع بقوة القانون في حالات محددة ، وقد يجرى نتيجة الاتفاق في حالات أخرى .

ويبرز الشيء قوياً بين الوفاء مع الحلول وبين حوالة الحق ، ففي كل من النظامين ، محل دائن جديد محل الدائن القديم في ذات الحق الذي كان للأخير . ولكن الشيء مع ذلك ليس تاماً بين النظامين . فهما يختلفان في الأساس الذي يقوم عليه كل منهما . ففي حوالة الحق ، يتصرف الدائن القديم في حقه للدائن الجديد ، كان يبيعه أو يهبه له ، الأمر الذي يترتب عليه بالضرورة رضا الدائن القديم . أما في الوفاء مع الحلول ، فالدائن القديم يستوفى حقه من شخص غير المدن ، فإذا حل الموفي محله في حقه ، فإن ذلك يحصل نتيجة لجرد الوفاء . ولما كان الوفاء قد يحصل برغم إرادة الدائن ، فإن الحلول محله في حقه قد يقع برغم إرادته . وهكذا يبرز الفارق الأول بين النظامين ، ومؤداه أن الحوالة تتطلب بالضرورة رضا الدائن القديم ، في حين أن الوفاء مع الحلول قد يقع في بعض الأحوال برغم إرادته . ومما فارق أساساً آخر بين النظامين . ففي الحوالة ، ينتقل إلى الدائن الجديد حق الدائن القديم ، على أساس أنه متصرف له فيه ، الأمر الذي يحوله إلى جوع بكل قيمة هذا الحق على المدن ، حتى لو كان المقابل الذي دفعه يقل عن تلك القيمة ، بل حتى لو كان لم يدفع أي مقابل ، كما لو كان موهوباً له بالحق . أما في الوفاء مع الحلول ، فإن اكتساب الموفي صفة الدائن محل الدائن القديم فلا يكون إلا نتيجة لهذا الوفاء ، الأمر الذي يؤدي إلى قصر حق الموفي في رجوعه

على المدين على ما دفعه عنه بالفعل وفاء للدين . فإذا كان الموفى قد دفع للدائن الأصلي أقل من قيمة الدين . فلا محل محل هذا الأخير في حقه إلا في حدود ما دفعه ، حتى لو كان قد توصل بهذا الوفاء الجزئي إلى إعفاء المدين من الباقي .

المبحث الثاني

قيام حوالة الحق

٢١٩ - رأينا أن حوالة الحق عقد يتم بين الدائن الأصلي ، ويسمى المحيل ، وبين شخص أجنبي عن الالتزام ، ويسمى المحال له ، ويمقتضى هذا العقد ، ينتقل الحق من الأول إلى الثاني .

ولكن تقوم حوالة الحق بين طرفيها ، يكفي أن تتعقد صحيحة . ولكن بمجرد قيامها بين طرفيها لا يجعلها تاتي بكامل فائدتها . إذ يلزم لذلك أن يكون من الممكن قانوناً الاعتداد بها في مواجهة المدين المحال عليه وفي مواجهة الغير الذين تتعلق مصالحهم بالحق المحال به . من أجل ذلك نتناول هنا انعقاد الحوالة ، ثم نقادها في حق المدين وفي حق الغير .

١- انعقاد الحوالة عقد

حوالة الحق عقد ، كما بينا . وإن اختلفت طبيعته باختلاف الغرض منها ^{فرضه من أجله} . لا يلزم ، لانعقاد الحوالة ، توافر أركان العقد عموماً وهي : الرضا والمحل والسبب . ونتناول كلا من هذه الأركان الثلاثة على التوالي :

٢٢١ - أولاً : الرضا بالحوالة

يلزم ، لانعقاد الحوالة ، التراضى عليها بين طرفيها . وطرفاها هما الدائن الأصلي أي المحيل ، والشخص الأجنبي الذي ينتقل الحق إليه ، وهو المحال له . أما المدين فليس طرفاً في الحوالة . ومن ثم فلا حاجة لرضائه . بل إن سالحوالة قد تعقد صحيحة رغم معارضة . وفي ذلك تقضى المادة ٣٠٣ بأنه :

« يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ... وتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين » .

« هكذا يبين أن الرضاء بالحوالة يتم بمجرد التوافق عليها بين المحيل والمحال له ، دون حاجة إلى رضا المدين ^(١) .

والسبب الذي من أجله استغنى المشرع عن رضا المدين بالحوالة هو أنه قدر وبحق أن المدين يستوى لديه ، بحسب الأصل ، أن يوفى بالمدين للسجيل أو للمحال له . وفي الأقل ، قدر المشرع أنه إذا كانت ثمة مصلحة للمدين في استمراره مرتباً بدائنه الأصلي ، فإن مصلحته هذه لا تصل من الأهمية إلى الحد الذي يجعله يضحي بمصلحة الدائن في التصرف في حقه ، وبالصالح العام الذي يقتضى سهولة تداول الأموال ، أيا كان نوعها .

« ويجب ، تطبيقاً للقواعد العامة ، أن يصدر الرضاء بالحوالة من شخص يتمتع بأهلية إجرائها . مع ملاحظة أن هذه الأهلية ليست واحدة في كل الأحوال . إذا اختلف باختلاف طبيعة العقد الذي تنطوي الحوالة عليه ، يعمد كان أم همة أم وفاء بمقابل أم غير ذلك من التصرفات . ويلزم كذلك لصحة الحوالة أن يكون الرضاء بها خالياً من العيوب ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

يكره

والحوالة ، باعتبارها عقداً رضائياً ، لا يلزم لانقضاء أى شكل خاص .

(١) وفي هذا يختلف قانوننا الحالي عن قانوننا المصري الوطني القديم . فقد كان هذا الأخير يستلزم ، لنادات قيام الحوالة موافقة المدين عليها . بل إنه أضمن في استلزام تلك الموافقة ، فاشتراط لإثباتها وزودها في محرر مكتوب ، بحيث إنه إذا لم توجد كتابة تثبتها ، فلا يقبل دليلاً عليها إلا البين (المادة ٣٤٩) . وقد تسمى قانوننا الوطني القديم ، في استلزام موافقة المدين لصحة الحوالة مع المزرعة الشخصية في الالتزام . والعجيب في الأمر أنه تعاضد في التمسك مع تلك المزرعة ، حتى جاء في مجانا أبعد من القانون الفرنسي والقانون المصري المختلط اللذين قلل منهما النال من أحكامه . فهذان التقنيان لا يستلزمان رضا المدين بالحوالة لصحتها .

فسواء أن تبرم بالكتابة أم شفاهاً ، أم باتخاذ أى طريق آخر يدل على توافق الرضا بها لا تثار هنا إلا مسألة إثبات الحوالة . وهى مسألة تختص فى حكمها للقواعد العامة فى الإثبات . على أنه يستثنى من الحكم السابق الحالة التى تكون الحوالة فيها منطوية على هبة ، إذ أنه فى هذه الحالة ، تستلزم الرسمية لانقضاء الحوالة ، كما سبق أن بينا .

٢٢٢ - ثانياً محل الحوالة كره .

محل الحوالة هو الحق الشخصى الذى كان ثابثاً للمحل والذى ينتقل بمقتضى الحوالة للمحل له ، أو هو الحق المحال به . والحوالة لا ترد ، كما بينا على الحقوق العينية . فهى مقصورة على الحقوق الشخصية .

والأصل أن جميع الحقوق الشخصية تصلح لأن تكون محلاً للحوالة . فلا أهمية لمصدر هذه الحقوق ولا لموضوعها ولا لصفاتها ولا للأوصاف التى ترد عليها .

فسواء أن يكون مصدر الحق الشخصى المحال به هو العقد أو العمل غير المشروع أو الفعل النافع أو نص فى القانون .

وسواء أن يكون موضوع الحق المحال به هو نقل أو إنشاء حق عيني ، أو قيام المدين بأى عمل آخر ، أو امتناعه عن عمل معين (فيسوغ ، مثلاً ، للمشتري بعقد غير مسجل - وهو دائن للبائع بحق شخصى موضوعه أن يقوم هذا الأخير بكل ما يلزم لنقل الملكية إليه - أن يحول حقه هذا إلى شخص آخر . ويجوز لمن يتعهد له مقاول ببناء دار أن يحول حقه الشخصى فى إلزام المقاول ببنائها إلى شخص آخر ؛ ويحصل ذلك ، مثلاً ، إذا باع الدائن الأرض التى تشيد الدار عليها إلى هذا الشخص الآخر . ومن يؤمن على داره ضد الحريق ، يستطيع أن يحول حقه الشخصى قبل شركة التأمين لمن يبيع له هذه الدار . ومن يشتري متجراً مع تعهد البائع بالامتناع عما يترتب عليه منافسته فى تجارته ، يحول حقه قبل هذا البائع فى الامتناع عن المنافسة لمن

يبيع له بدوره المتجر. المهم في كل ما سبق هو أن الأصل أن الحوالة تجوز بالنسبة إلى كل الحقوق الشخصية، دون مراعاة لموضوع هذه الحقوق، وإن كان الغالب في العمل أن ترد الحوالة على الحق الشخصي الذي يكون موضوعه هو دفع مبلغ من النقود.

ولا أهمية في قيام الحوالة للصفة التي يتمتع بها الحق المحال به، فيستوى أن يكون ديناً مدينياً أو تجارياً، أو أن يكون ديناً ثابتاً في محرر عرقى أو رسمي أو يقتضى حكم صدر به على المدين أو أن يكون غير ثابت في محرر أصلاً. ويجوز حوالة الحق المنازع فيه من المدين، كما يجوز حوالة الحق غير المنازع فيه، وإن خضعت الحوالة الأولى لبعض الأحكام الخاصة، وقام لما سنبينه بعد قليل.

ولا أهمية في النهاية، للأوصاف التي ترد على الحق المحال به. فالحوالة قد ترد على الحق البات المتجز، كما إنها قد ترد على الحق المعلق على شرط أو المقترون بأجل. وهي قد ترد على الحق الذي ينقسم عند تعدد طرفه الإيجابي أو السلبي، كما إنها قد ترد على الحق الذي يحتفظ بوحدة لا تصافه بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام.

٢٢٢ - وإذا كانت القاعدة العامة هي جواز حوالة الحقوق الشخصية جميعاً، ينص النظر عن مصدرها أو موضوعها أو صفاتها أو أوصافها، إلا أنه ترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات، وترجع هذه الاستثناءات إلى نص في القانون، أو إلى اتفاق الدائن والمدين، أو إلى طبيعة الحق ذاتها. وفي هذا تقضي المادة ٣٠٣ بأنه: «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام...». وهكذا ترد على قاعدة إمكان حوالة جميع الحقوق الشخصية الاستثناءات

الثلاثة الآتية:

١ - إذا وجد نص في القانون يمنع حوالة حق معين، ما سأعت

بالضرورة حوالة. وتحريم الحوالة بنص في القانون معناه أن تلك الحوالة تتنافى مع النظام العام. فإن وقعت، كانت باطلة بطلاناً مطلقاً، ومثال الحقوق التي ينص القانون على حظر حوالتها. ذاك الذي لا يقبل الحجز عليه. حيث يكون الحق غير قابل للحجز عليه، تمتنع حوالة. وإذا كان الحق غير قابل للحجز عليه في شق منه، امتنعت حوالة في حدود هذا الشق بحسب. وفي ذلك تقضى المادة ٣٠٤ بأنه: «لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز» ومن أمثلة الحقوق التي يحرم القانون حوالتها كذلك ما تقضى به المادة ١/٢٢٢ من أنه لا يجوز انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، إلا إذا تحدد هذا التعويض بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء.

الحق ٢ - إذا اتفق الدائن والمدين على عدم حوالة الحق الذي ثبت للأول قبل الثاني، صم اتفاقهما، وتعين العمل به. فإن حول الدائن الحق بمخالفة الاتفاق، ساغ للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بعدم سريان الحوالة في حقه.

الحق ٣ - وقد تمتنع حوالة الحق، من غير أن يكون هناك نص أو اتفاق يجرمها. ويحصل ذلك إذا كانت طبيعة الحق ذاتها تتنافى مع حوالة، وتحويل دون استبدال دائن جديد بالدائن القديم. وهذا هو الشأن في كل حالة تكون شخصية الدائن فيها محل اعتبار خاص لدى المدين. ومثال ذلك أن يلتزم شخص بأن يقوم بخدمة آخر، فالخادم تهمه شخصية السيد الذي التزم بخدمته؛ ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يحول إلى غيره حقه في أن يقوم الخادم بخدمته، من غير رضاه الخادم.

٢٢٤ - ثالثاً: سبب الحوالة

والركن الثالث والأخير لانعدام الحوالة هو السبب. والسبب في الحوالة

يختلف باختلاف الأحوال . فقد يحول الدائن حقه مدفوعاً برغبته في الحصول على مقابل الحوالة ، أو مدفوعاً بنية التدرع ، أو غير ذلك من الأسباب . وفي جميع الأحوال يجب ، تطبيقاً للقواعد العامة ، أن تقوم الحوالة على سبب مشروع .

٢٢٥ - نفاذ الحوالة في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير مجرد افتقار

بيننا فيما سبق أن حوالة الحق تنقذ بمجرد التراضي عليها بين طرفيها وهما المحيل والمحال له ، ما دامت تقوم على حق مما يجوز إنشاءه ، وما دامت تستند إلى سبب مشروع . على أن مجرد انعقاد الحوالة لا يجعلها تأتي بكل فائدتها للمحال له . صحيح أنه يترتب على انعقاد الحوالة إنتاج آثارها بين طرفيها . ولكن هذا لا يكفي ، بل إنه لا يمتنع المحيل من الفائدة إلا قليلاً . فيلزم لكي تكون الفائدة كاملة ، أن تسرى الحوالة ، بعد انعقادها بين طرفيها ، في حق المدين وفي حق الغير الذين تتعلق حقوقهم بالحق المحال به . لأنه إذا كانت الحوالة غير نافذة في مواجهة المدين ، كان لهذا أن تجاهلها ويمتنع عن الوفاء للمحال له . وإذا كانت الحوالة غير نافذة في حق الغير ، كان لهم أن يباشروا حقوقهم التي اكتسبوها على الحق المحال به دون اعتداد بالحوالة .

يخلص مما سبق أنه يلزم ، لكي تأتي الحوالة شمرتها كاملة ، أن تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير ، حتى لا يستطيعون تجاهلها . وقد تضمنت المادة ٣٠٥ الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة في حق هؤلاء ، وهي في ذلك تقضي بأنه : « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين (أو الغير) على أن ينفذها قبل الغير بقول المدين يستلزم أن يكون هذا القول ثابت التاريخ »

٢٢٦ - ومن النص السابق بين أن الحوالة تنفذ في حق المدين باتخاذ أحد الإجراءين الآتين :

١ - قبول المدين الحوالة : الغاية من الإجراءات التي يطلبها القانون تنفيذ الحوالة في مواجهة المدين هي إخطاره بمحصلها ، حتى نستطيع بعد ذلك أن نلزمه باحترامها . ولا شك أن قبول المدين الحوالة بعد صدورها يفيد عليه بها . ومن ثم كان طبعياً أن يجعل الشرع من هذا القبول شرطاً لنفاذها في حقه (١).

رفقة يسوغ أن يحصل قبول المدين للحوالة عند انعقادها ، أو في أي تاريخ لاحق . ولكن القبول السابق على انعقاد الحوالة لا يكفي . فالغاية من اشتراط قبول المدين الحوالة ، لنفاذها في حقه ، هي التأكيد من عليه بمحصلها بعد أن تقع بالفعل ، وليس مجرد عدم اعتراضه عليها حسب . وهكذا فيلزم في قبول المدين الحوالة باعتباره شرطاً لنفاذها ، أن يكون معاصراً أو تألياً لانعقاد الحوالة ، ولا يعتد به إذا كان سابقاً عليه .

المحتمل الأصل أن قبول المدين الحوالة لا يعني أكثر من أنه يقر بعليه بمحصلها ، وبأنها نافذة في حقه . فالأصل أنه لا يفيد بذاته وبمجردة نزول المدين عن الدفع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة المحيل ، بل تبقى هذه الدفع ثابتة له ، الأمر الذي يسوغ له التمسك بها في مواجهة المحال له . إذ أن النزول عن الحق لا يفترض . فإذا كان العقد الذي أنشأ الدين المحال به ، مثلاً ، قابلاً للإبطال بسبب نقص أهلية المدين عند نشوئه ، ثم قبل المدين الحوالة ، فإن قبوله هذا لا يفيد بذاته نزوله عن التمسك بالإبطال في مواجهة المحال له .

وإذا كانت القاعدة هي أن قبول المدين للحوالة لا يعني بذاته وبمجردة نزوله عن الدفع التي كان يجوز له التمسك بها في مواجهة المحيل ، إلا أن هذه القاعدة لا تسري على إطلاقها ، ففرد عليها استثناء فيما يتعلق بالمقاصة بين الدين المحال

(١) وقبول المدين الحوالة يجعلها نافذة في مواجهته ، ينض النظر عما إذا كان المحيل أو المحال له يعلم أو لا يعلم بمحصلها . لمذا أن هذا القبول ينتج أثره بمجرد وقوعه ، فلا يقصد به أن يوجه إلى أحد .

به والدين الذي يكون ثابتاً للدين في مواجهة المحيل عند قبول الأول للحوالة .
في هذه الحالة ، إذا قبل المدين الحوالة بدون تحفظ ، فلا يكون له أن يتمسك
بالمقاصة التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة المحيل قبل قبوله الحوالة .
وفي هذا تقضي المادة ١/٣٦٨ بأنه : « إذا حول الدائن حقه الغير وقبل المدين
الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة
التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة . ولا يكون له إلا الرجوع بحقه
على المحيل » . وهكذا يفسر القانون قبول المدين الحوالة بدون تحفظ منه على
أنه يتضمن نزوله عن التمسك بالمقاصة التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في
مواجهة المحيل ، الأمر الذي يجرمه من التمسك بها ، بعد قبوله الحوالة .
في مواجهة المحال له .

وإذا كان الأصل أن قبول المدين الحوالة لا يعني بذاته ومجرده نزوله
عن التمسك بالدفع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها حينئذ ، فإنه لا يوجد شيء
ما يمنع من أن ينزل عن أي دفع بشرط ألا يكون متعلقاً بالنظام العام . على
أنه يلزم هنا أن يكون الشرط الذي يدل على النزول فاعطياً في دلالته عليه .
فإن وجد شك في ذلك ، لزم تفسيره لمصلحة المدين . إذ أن النزول عن الحق
لا يفترض ، كما أسلفنا القول .

ولا يلزم في قبول المدين الحوالة ، باعتبارها شرطاً لنفاذها في حقه ،
أي شكل خاص . فقد تقع شفاها أو في محرر عرفي أو رسمي . بل لا يوجد شيء
ما يمنع من أن يقع هذا القول ضمناً ، كما إذا دفع المدين جزءاً من الدين
أو فوائده للمحال له بعد الحوالة . ولا تؤثر هنا إلا مسألة إثبات صدور قبول
المدين للحوالة ، وهي مسألة تخضع للقواعد العامة في الإثبات . ولا يلزم ،
في النهاية ، أن يكون قبول المدين الحوالة باعتباره شرطاً لنفاذها في حقه ،
ثابت التاريخ ، وإن لزم ، كما سيجيء بعد قليل ، أن يتسم بهذا الوصف ،
لكي يجعل الحوالة نافذة بمقتضاء في حق الغير .

٢ - إعلان المدين بالحوالة : رأينا أن الحوالة تنفذ في حق المدين بقبوله

2/11

إياها . وهي تنفذ في حقه أيضاً بإعلانه بها . والمقصود بالإعلان ها هو ذاك الذي يتم بورقة رسمية على يد محضر . مع ملاحظة أنه تقوم مقام الإعلان أية ورقة رسمية أخرى توجه للمدين وتتضمن إخطاره بوقوع الحوالة ، ولا سيما ورقة التكليف بالحضور التي توجه إليه من المحال له والتي تفتح بها الدعوى التي يرفعها هذا الأخير ويطلب فيها الحكم على المدين بدفع الدين له باعتباره محالاً له . ولا يلزم في الإعلان أكثر من أن يتضمن ما يفيد وقوع الحوالة وشروطها الأساسية التي تم المدين معرفتها . ونكرر أن إعلان المدين بالحوالة يجب أن يكون رسمياً ، فلا يكفي إعلانه بها شفاهاً أو بخطاب ولو كان مسجلاً ويعلم وصول .

وإعلان المدين بالحوالة قد يقع من المحيل أو المحال له . على أن الغالب في العمل أن يقع من الأخير ، لأنه صاحب المصلحة الأولى في نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير

يتحصل من كل ما سبق أن الحوالة تنفذ في مواجهة المدين باتخاذ أحد إجرائين : (١) قبول المدين للحوالة بعد إبرامها . (٢) إعلان المدين بالحوالة . فإذا لم يتخذ أحد من هذين الاجرائين ، كانت الحوالة غير نافذة في حق المدين . ويترتب على ذلك أنه إذا قام هذا الأخير بالوفاء بالدين للمحيل ، برغم حصول الحوالة ، كان وفاؤه هذا ، بحسب الأصل ، صحيحاً مبرئاً لدمه ، حتى في مواجهة المحال له .

على أن عدم نفاذ الحوالة في حق المدين ، لا يمنع المحال له من اتخاذ الإجراءات التحفظية التي من شأنها أن تمنع الحق من الضياع ، كما إذا لجأ إلى قطع التقادم أو طلب الحجر على المدين لجنون أو عته أو سفه اعتراه . وفي ذلك تقضي المادة ٣٠٦ بأنه يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ بها على الحق الذي انتقل إليه .

٢٢٧ - تكلفنا فيما سبق في نفاذ الحوالة في مواجهة المدين ، وخصنا

أن هذا الأمر يتحقق بقبول المدين الحوالة أو بإعلانه بها إعلاناً رسمياً واتخاذ أى من هذين الإجراءين يكفي أيضاً لجعل الحوالة نافذة في مواجهة الغير، مع فارق واحد، وهو أن يكون قبول المدين للحوالة ثابتاً بالتاريخ (المادة ٢٠٥).

ثبوت التاريخ، وإن كان غير لازم لنفاذ الحوالة في حق المدين، إلا أنه ضرورة لنفاذها في مواجهة الغير. والعلة في ذلك هي منع التواطؤ الذي قد يشترك فيه المدين، لإضراراً بحقوق الغير، بتقديم تاريخ نفاذ الحوالة في حقه. وإعلان الحوالة تتضمن بالضرورة تاريخاً ثابتاً، لأنه يقع بوثيقة رسمية، كما ينطبق الطريق الآخر، وهو قبول المدين للحوالة، فقد يحصل عرفياً، ولذلك اقتصر القانون على التصريح بوجود ثبوت تاريخه، لكي يصلح سبيلاً لنفاذ الحوالة في حق الغير.

واستلزام ثبوت تاريخ قبول المدين للحوالة، لجعلها نافذة في حق الغير. يؤدي إلى أن هذه الحوالة قد تقع نافذة في حق المدين، في حين أنها ليست كذلك في مواجهة الغير. وهذه هي الحالة التي يقبل فيها المدين الحوالة قبل غير ثابت التاريخ، من غير أن يعلن بها. أما إعلان المدين بالحوالة، فيجعلها بذاته وبمجردده نافذة في حقه وفي حق الغير على حد سواء.

والغاية التي يستهدفها المشرع من استلزام قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها حتى تسرى في مواجهة الغير، هي إتاحة الفرصة لهؤلاء في أن يستعملوا عنها من المدين قبل أن يتعاملوا بشأن الحق المحال به. وهكذا فالإجراءان السابقان يوفران نوعاً من العلانية والإشهار للحوالة. صحيح أنها علانية عرجاء نافضة، إذا ما قورنت، مثلاً، بتلك التي تخضعها التسجيل أو القيد في مكتب الشهر العقاري بالنسبة إلى الحقوق العينة العقارية. ولكننا العلانية الوحيدة التي تسمح بها الظروف في وقتنا الحاضر..

والمقصود بالغير، في المجال الذي نحن بصده، هو كل شخص تكون له

مصلحة في بقاء الحق للمحيل وعدم انتقاله للمحال له ، مع استثناء الدائن العادي للمحيل ، اعتباراً بأنه ليس للدائن العادي ، كأصل عام ، من الحقوق أكثر مما هو ثابت لمدينه . وهكذا يعتبر غيراً ، في مجالنا ، المحال له الثاني بالحق الذي سبق حوالته لمحال له أول . ويرتب على ذلك أنه : « إذا تمتددت الحوالة بحق واحد . فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير (المادة ٣١٣) » . ويعتبر من الغير أيضاً مرتين الحق المحال له ، والدائن الذي يحجز على هذا الحق . بل إنه يعتبر من الغير أيضاً الدائتون العاديون للمحيل ، في حالة شهر إفلاسه أو إعساره ، إذ أنه يسوغ لهؤلاء اعتبار الحوالة غير سارية في حقهم ، إذا لم تكن قد اكتسبت صفة النفاذ في حق الغير في تاريخ سابق لشهر الإفلاس أو الإعسار .

٢٨٨ - هل يفتى العلم بالحوالة عن قبول المدين بإياها أو إعمالها بها . رأينا فيما سبق أن القانون يشترط ، لنفاذ الحوالة في حق المدين ، أن يقبلها أو يعلن بها إعلاناً رسمياً . ولا جدال في أنه إذا وقع أحد هذين الإجراءين ، وجب على المدين احترام الحوالة والتقدير بها . ويرتب على ذلك أنه إذا وفي المدين الالتزام للمحيل ، بعد قبوله للحوالة أو إعلانه بها ، اعتبر هذا الوفاء غير ذي موضوع ، لأن الحق الذي يجب عليه وفاؤه لم يعد للمحيل ، بل انتقل للمحال له . وهكذا يسوغ للمحال له ألا يعتد بالوفاء السابق ، وأن يطالب المدين بالوفاء ؛ وهنا لا يكون للمدين إلا أن يرجع على المحيل بما دفعه له ، على أساس أنه دفع له غير المستحق عليه .

ولكن ما الحكم إذا لم يقع أحد من الإجراءين اللذين يتطلبهما القانون لنفاذ الحوالة في حق المدين ، وإنما علم هذا بها مع ذلك ، عن طريق آخر ، كما إذا أخبر بها شفاهاً أو في خطاب ؟ هل يكفي هذا العلم لجعل الحوالة نافذة في حق المدين وواجبة الاحترام منه ؟

اختلفت في ذلك الآراء . فقد رأى البعض أن علم المدين بالحوالة يفتي

عن قبوله إياها أو إعلانه بها . وحجة هذا الرأي أن الغاية من هذين الإجراءين هي حل الحوالة إلى علم المدين . فإن علم هذا بها من طريق آخر ، تحققت الغاية التي يستهدفها القانون . ومؤدى هذا الرأي أنه إذا وفي المدين الدين للمحيل ، برغم عليه بالحوالة ، وحتى قبل صدور قبوله إياها أو إعلانه بها ، كان وفاؤه هذا غير مبريء لذمته في مواجهة المحال له ^(١) .

ونحن لا نقر هذا الرأي . إذ أن المادة ٣٠٥ صريحة في أن الحوالة لا تكون نافذة في مواجهة المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . فعمل المدين بالحوالة لا يفيد شيئاً أكثر من علمه بأمر يجعله القانون نفسه غير سار في حقه ، فلا جرم عليه إذا إن هو لم يعتد به . وهكذا نخلص إلى أن مجرد علم المدين بالحوالة لا يجعلها نافذة في حقه ^(٢) . وهذا هو الرأي الذي وصل إليه أكثر فقهاءنا ^(٣) .

وإذا كان مجرد علم المدين بالحوالة لا يجعلها نافذة في مواجهته وأنه لا يغني عن قبوله إياها أو إعلانه بها ، إلا أنه إذا تعمد المدين ، بعدم اعترافه بالحوالة التي يعلم بحصولها ، الإضرار بالمحال له ، كما إذا تواطأ مع المحيل على أن يقدم

(١) أنظر في هذا المعنى : شفيق شعانه ، حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) وقد كانت المادة ٤٣٢ من مشروع قانوننا المدني تتضمن حكماً مخالفاً . فقد جاءت هذه المادة تقول :

١ — تبرأ ذمة المدين إذا لم يقبل الحوالة ووفي الدين للمحيل قبل أن يعلن بهذه الحوالة .
٢ — ومع ذلك لا تبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء ، إذا أثبت الدائن المحال له أن الدين كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة . وقد عمى المشروع في هذا الحكم مما يقضى به القانون السويسري (المادة ١٦٧ من هتئين الالتزامات) والقانون الألماني (المادة ٤٠٧ و ٤٠٨) . وقد حذف النص السابق في لجنة المراجعة . اعتباراً بأنه يتصن حكماً تفصيلياً رؤى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة (أنظر مجموعة الأعمال التوضيحية ج ٣ ص ١٠١١٨ في الملحق) .

(٣) وقد وصل إلى نفس هذا الرأي : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج نبذة ٢٦٨ — عبد الحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام ج ٣ ص ٢٥٢ وما بعدها — اسماعيل غام ، أحكام الالتزام نبذة ٢٣٠ .

له هو الدين ، وكان من شأن هذا الفعل أن يرتب الضرر المحال له ، كما إذا تعذر عليه الرجوع بقيمة الدين على المحيل ؛ إذ حصل كل ذلك ، كان المدين مسؤولاً عن فعله ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية . إذ أن هذا الفعل من المدين ينطوي على غش ، والغش يفسد كل شيء . فنهنا يعتبر المدين أنه ارتكب فعلاً خاطئاً يرتب الضرر للمحال له . والجزم هو تعويض هذا الضرر . وخير تعويض هنا هو عدم الاعتداد بالوفاء الحاصل للمحيل . وهكذا يحق للمحال له أن يعتبر أن الدين لازال موجوداً في ذمة المدين . فإذا قام بإعلانه بحوالته له ، ساع له أن يلزمه بالوفاء . ولا يكون للمدين هنا إلا أن يرجع على المحيل ، تأسيساً على أنه دفع له غير المستحق .

وما قلناه بشأن المدين يسري على الغير . فجرد علم هؤلاء بالحالة لا يجعلها نافذة في حقهم ولا يمنعهم من التعامل بشأنها . ولكن إذ أثبت أن أحداً منهم قد تعمد الإضرار بالمحال له ، كما إذ توطأ مع المحيل على أن يحول له هو الحق مرة ثانية إضراراً بالمحال له الأول ، ووصل إلى السبق في جعل حوالته نافذة في مواجهة الغير ، رد عليه قصده ، وفضلت الحوالة الأولى على حوالته ، بشرط ألا يؤدي هذا التفضيل إلى الإضرار بالمدين ، إذا كان حسن النية (١)

خلاصة كل ما سبق أن مجرد العلم بالحالة لا يغني عن قبول المدين إياها

(١) فإذا حول الدائن حقه أولاً (١) ، ثم توطأ مع (ب) على الإضرار بحق (١) ، فحول له الحق مرة ثانية ، وأصبحت الحوالة الثانية نافذة في حق الغير قبل الأولى ؛ الأصل هنا هو الاعتداد بالأسبقية في تاريخ النفاذ في حق الغير ؛ أي أن الأصل هنا هو تفضيل الحوالة الصادرة (ب) ؛ ولكن بشرط أن تكون هذه الحوالة نافذة ، وبغض عنها الأفضلية لبيئتها للحالة الأولى ، أي تلك التي صدرت (١) ؛ ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بدفع الدين (١) وليس (ب) ؛ ولكن إذا كان المدين قد دفع الدين (ب) ، قبل إخطاره بقصد الحوالة الصادرة لصالحه ، وكان حسن النية بمعنى أنه لم يشترك في الغش الذي قصد به الإضرار بمصلحة (١) ، وكان وفاقاً هذا صحيحاً مبرراً لقضته ؛ أما إذا كان المدين سيئ النية ، بمعنى أن يكون قد اشترك في التواطؤ الذي قصد به الإضرار بمصلحة (١) ؛ كان لهذا الأخير ألا يمتد بالوفاء الحاصل منه (ب) .

أو إعلانه بها ، وذلك بالنسبة إلى المدين وإلى الغير على حد سواء . ولكن إذا ثبت قصد الإضرار بحق المحال له ، رد على القاصد قبيح قصده ؛ إذ أن هذا القصد يعتبر من صاحبه غشاً ، والغش يفسد كل شيء .
Fraus omnia corrumpit

٢٢٩ - إجراءات خاصة بحوالة بعض الحقوق

تناولنا فيما سبق القواعد التي تحكم نفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين والغير . والأصل أن هذه القواعد تسرى على حوالة جميع الحقوق الشخصية المدنية كانت أم تجارية . بيد أن هذا الأصل لا يمتشى على إطلاقه . فقد يقرر القانون إجراءات خاصة لنفاذ حوالة بعض الحقوق .

ومن الحقوق التي يقرر القانون لحوالتها قواعد خاصة أجرة المقارنات . فإذا حولت الأجرة التي تستحق عرفاً ، إيجار عقار معين مقدماً ، أى قبل استحقاقها على المستأجر ، وجب تسجيلها ، إذا كانت عن مدة تزيد على ثلاث سنوات ، وإلا كانت غير سارية في حق الغير فيما زاد على تلك المدة . (المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقاري) .

ومن الحقوق التي يقرر القانون لنفاذها قواعد خاصة أيضاً تلك الثابتة في السندات الإسمية أو الإذنية أو السندات لحاملها . فهذه الحقوق ، وإن كانت تنتقل في العلاقة بين المحيل والمحال له بمجرد التراضي ، إلا أن القانون قرر لنفاذها في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير إتباع إجراءات خاصة ، تختلف باختلاف نوع السند الذي يتضمن الحق . فتسرى حوالة السندات الإسمية في حق المدين وفي حق الغير ، بقيد الحوالة في سجلات المدين المعدة لهذا الغرض . أما حوالة السندات الإذنية ، كالكيالة والشيك الإذني ، فتسرى حوالتها في حق المدين وفي حق الغير بالتظهير ، أى بتوقيع الدائن على ظهر السند بما يفيد حوالة للمحال له به . أما السندات لحاملها ، فتسرى حوالتها في حق المدين والغير بمجرد تسليمها للمحال له .

المبحث الثالث

آثار الحوالة

٢٣٠ - إذا قامت الحوالة ، أنتجت آثارها . والأصل أن آثار الحوالة تتحدد وفقاً لما ترتضيه الإرادة المشتركة لطرفيها في عقد ، كما بينا . والعقود تخضع في قيامها وفي الآثار التي ترتبها للإرادة المشتركة لعاقديها ، في حدود ما يفرضه النظام العام ، وإذا كانت آثار الحوالة تتحدد وفقاً لما ترتضيه الإرادة المشتركة لعاقديها في حدود النظام العام ، فإن هذه الآثار تختلف بالضرورة باختلاف الأحوال . إلا أنه ، إذا أردنا أن نتناول آثار الحوالة كمصفة عامة ، وجدنا تلك الآثار ترجع أساساً إلى الأمور الثلاثة الآتية :
 (١) انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له . (٢) التزام المحيل بأن يسلم للمحال له سند الدين وبأن يقدم له وسائل إثباته . (٣) التزام المحيل بضمان الحق المحال به . وتتناول كلاماً من هذه الأمور على التوالي ، وذلك فيما يلي :

٢٣١ - أورد : انتقال الحق من المحيل إلى المحال له

الآثر الأساسي الجوهري للحوالة هو انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له . فإذا كان لـ (أ) ، مثلاً ، حق شخص مؤداه أن يلزم المدين (ب) بأن يدفع له ١٠٠ جنيه ، ثم حول (أ) حقه هذا لـ (ح) ، انتقل هذا الحق من الدائن الأصلي المحيل (أ) إلى الدائن الجديد المحال له (ح) .

القاعدة هنا أن الذي ينتقل من المحيل إلى المحال له هو ذات الحق الذي كان ثابتاً للأول . فالتغير هنا لا يتناول الأشخاص الدائن . فبعد أن كان الحق المحال به ثابتاً للمحيل ، أصبح هو بذاته ثابتاً للمحال له . وتقرّب على ذلك النتائج الهامة الآتية :

١ - للمحال له أن يطالب المدين بأن يؤدي له نفس موضوع الالتزام الذي كان ملتزماً بأن يؤديه للمحيل ، وذلك بغض النظر عما إذا كان المقابل في ذلك ، بغض النظر عن أن الأثر الأساسي الذي تمهيداً له كان من قبيل رفع الحق المحال به إليه لا يمكن في سبيل ما يسمى

الذى تحمله المحال له . في سبيل الحوالة ، يقل أو يزيد عن موضوع الحق المحال به ، أو أنهم لا يتحمل في سبيلها بأى مقابل . فإذا كان ل (١) ، ملاحق على (ب) مقداره ١٠٠ جنيه ، ثم حول (١) حقه هذا ل (ج) الذى دفع في شرائه ٥٠ جنيتها ، كان هذا الأخير أن يرجع على المدين (ب) بنفس الحق الذى كان ثابتاً عليه من قبل ل (١) ، أى أن له أن يطالبه بمائة .

وإذا كانت القاعدة أنه ثبت للمحال له أن يرجع على المدين المحال عليه بنفس قيمة الحق الذى كان ثابتاً من قبل للمحيل ، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناء ، بالنسبة إلى الحق في المتنازع فيها ، وهي تلك التى يكون قد سبق رفع دعوى بشأنها أو نار بصدها نزاع جدى (المادة ٢/٤٦٩) . فإذا وزعت الحوالة على حق متنازع فيه ، وكانت ضمن ، حق للمدين المحال عليه ، أن يتخلص من مطالبة المحيل له ، بأن يدفع له الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من تاريخ الدفع (المادة ١/٤٦٩) .

٢ - الحق ينتقل من المحيل إلى المحال له بنفس صفاته وأوصافه . فالصفة المدنية أو التجارية التى كان يتمتع بها الحق وهو ثابت للمحيل ، تبقى له بعد انتقاله للمحال له . وكذلك الشأن بالنسبة لما إذا كان الحق ثابتاً بمقتضى حكم أو فى محرر رسمى أو عرفى أو غير ثابت فى محرر أصلاً ، وبالنسبة لما إذا كان يغل فائدة أو لا يغلها . وإذا كان الحق المحال به معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل أو تضامناً أو غير قابل للاقسام ، احتفظ بوصفه بعد انتقاله إلى المحال له .

٣ - ينتقل الحق بتوابعه وملحقاته . فكل ما يعتبر من توابع الحق المنقول به أو ملحقاته ينتقل مع الحق للمحال له ، ما لم يتفق على غير ذلك . ووفقاً للمادة ٣٠٧ يعتبر من توابع الحق وملحقاته ، وبالتالى تشملها الحوالة ، ما حل من فوائد الحق وأقساطه ، والفوائد والأقساط التى حلت قبل الحوالة ، تكون من حق المحال له ، ما لم يتفق على غير ذلك .

٤ - ينتقل الحق بجميع تأميناته وضماناته . ولا فرق في ذلك بين التأمينات الشخصية ، كالكفالة ، والتأمينات العينية ، وهي الرهن الرسمي والحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز . ولا فرق في ذلك أيضاً بين ما إذا كان التأمين مقدماً من المدين ، أم مقدماً من الغير . وفي ذلك تقضي المادة ٣٠٧ بأنه : « تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن ... » .

٥ - ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له وهو مهدد بنفس الدفع التي كانت تهدده من قبل . ويترتب على ذلك أنه يسوغ للمدين أن يتمسك له في مواجهة المحال له بنفس الدفع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ^(١) (المادة ٣١٢) .

من كل ما سبق يبين أنه يترتب على حوالة الحق انتقاله من المحيل إلى المحال له بذاته وبصفاته وأوصافه ويتوابعه وملحقاته وتأميناته وضماناته وبما يرد عليه من دفع .

٢٣٢ - وقت انتقال الحق . هذه المرة يختلف باختلاف الاستثناء

رأينا فيما سبق أن الأثر الرئيسى للحوالة هو انتقال الحق من المحيل إلى المحال له . وحرى بنا الآن أن نحدد الوقت الذي يتم فيه هذا الانتقال ، لأهميته القصوى .

وهذا الوقت يختلف باختلاف الأشخاص . فالحق ينتقل في تاريخ معين في علاقة المحال بالمحال له ؛ وهو ينتقل في تاريخ ثان بالنسبة إلى المدين المحال عليه ؛ وينتقل في تاريخ ثالث بالنسبة إلى الغير ؛ وذلك كله على النحو التالى :

٢٣٣ - انتقال الحق بين المحيل والمحال له ، في علاقة المحيل بالمحال له ،

(١) ويستثنى من ذلك ، وفقاً لما سبق بيانه ، الدفع بالمقاصة بين الحق المحال به والحق الذي يكون ثابتاً للمدين على المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، إذا كان الدين قد قبل الحوالة بدون تحفظ (المادة ٣٦٨) .

يعتبر الحق منتقلاً من الأول إلى الثاني فور انعقاد الحوالة ، أي بمجرد التراضي عليها . فالحوالة ترتب في ذمة المحيل التزاماً بنقل الحق إلى المحال له . وهذا الالتزام ينفذ من تلقاء نفسه فور نشوئه . وفي ذلك تشابه حوالة الحق الشخصي مع التصرف في الحق العيني الوارد على متقول مادي معين بذاته بملكه المتصرف ، حيث يؤدي هذا التصرف إلى نقل الحق للمتصرف إليه بمجرد إبرامه ^(١) (المادة ٢٠٤) . وكل ما هنالك من خلاف ينحصر في أن التصرف في المتقول المادي المعين بالذات يؤدي بذاته وفور إبرامه إلى انتقال الحق إلى المتصرف إليه في مواجهة المتصرف وفي مواجهة الغير على حد سواء . أما حوالة الحق الشخصي ، فلا تنقل الحق فور إبرامها إلا في مواجهة المحيل ، دون المدين والغير ، حيث يتطلب انتقال الحق في مواجهتهم إجراءات خاصة .

٢٣٤ - انتقال الحق في مواجهة المدين : لا يعتبر الحق منتقلاً من المحيل إلى المحال له ، في مواجهة المدين المحال عليه ، إلا ابتداء من الوقت الذي تصير فيه الحوالة نافذة في حقه ، أي من تاريخ قبوله إياها أو إعلانه بها . أما قبل ذلك الوقت ، فمعتبر الحق ، بالنسبة إلى المدين ، ثابتاً للمحيل ولم ينتقل منه إلى المحال له ، حتى لو كانت الحوالة قد أبرمت بالفعل . وتترتب على ذلك النتيجةان الآتيتان :

١ - إذا وفي المدين الدين للمحيل بعد انعقاد الحوالة ، ولكن قبل نفاذها في حقه ، اعتبر وفاؤه هذا صحيحاً مبرئاً لذمته حتى في مواجهة المحال له ، ما لم يتم هذا الوفاء نتيجة الغش إصراراً بحق هذا الأخير . أما بعد نفاذ الحوالة في حق المدين ، فيستحق عليه الوفاء بالدين للمحال له دون المحيل ، بحيث أنه لو أداه بعد ذلك فهذا الأخير ، اعتبر أنه أداه لمن لا يستحقه ، وكان للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء ، ويطالبه بأن يفي له هو بالدين ،

على أن يكون للدين أن يرجع على المحيل بما دفعه له ، اعتباراً بأنه دفع له غير المستحق عليه .

٢ - في تاريخ نفاذ الحوالة في حق المدين ، تتحدد الدفع التي يكون لشخصية المحيل أثر في ثبوتها له ، كالدفع بالإبراء من الدين الحاصل من المحيل ، والدفع بالمقاصة بين الدين المحال به والدين الذي يكون ثابتاً للدين على المحيل . وفي ذلك تقضى المادة ٣١٢ بأنه : « للدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ... » . فيجوز للدين أن يتمسك ، في مواجهة المحال له ، بالإبراء الحاصل له من المحيل قبل نفاذ الحوالة في حقه ، ولكنه لا يسوغ له أن يتمسك بهذا الإبراء إذا وقع بعد ذلك التاريخ . وكذلك الشأن بالنسبة إلى المقاصة ؛ إذ أنه يسوغ للدين أن يتمسك ، في مواجهة المحال له بالمقاصة بين الحق المحال به وبين الدين الذي يكون ثابتاً له على المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ^(١) ، ولكنه لا يسوغ له أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المحال به والدين الذي يثبت له على المحيل بعد نفاذ الحوالة في حقه .

يخلص من هذا أن الدفع التي يكون لشخصية المحيل أثر في ثبوتها للدين تتحدد في تاريخ نفاذ الحوالة في حق هذا الأخير ، بمعنى أنه لا يكون للدين أن يتمسك من هذه الدفع إلا بتلك التي كانت ثابتة له عند نفاذ الحوالة في مواجهته . أما بعد ذلك التاريخ ، فعلى شخصية المحال له مكان شخصية المحيل ، بالنسبة إلى الدفع التي تنشأ للدين .

ولا يسرى الحكم السابق إلا بالنسبة إلى الدفع التي يكون لشخصية المحيل أثر في ثبوتها للدين . أما بالنسبة إلى الدفع المتأخرة بالالتزام في ذاته ، فسيكون للدين أن يتمسك بها في مواجهة المحال له ، حتى لو لم تكن

(١) وذلك مع استثناء الحالة التي يقل فيها الدين الحوالة من غير تحفظ ، حيث يعتبر هذا القول منه نزولاً عن التمسك بالمقاصة بين الحق المحال به وبين الدين الذي كان للدين على المحيل ، وفقاً لما سبق أن بيناه . راجع ما سبق ، نبذة ٢٢٦ .

ثابتة له عند نفاذ الحوالة في مواجهته . ومثال ذلك الدفع بالتقادم ؛ فإذا كانت مدة التقادم لم تكتمل عند نفاذ الحوالة في حق المدين ، ولكنها اكتملت بعد ذلك ، حق للمدين أن يتمسك بالتقادم في مواجهة المحال له ، مع احتساب المدة التي انقضت على الدين حالة كونه ثابتاً للمحيل ؛ وذلك في حين أن الدفع بالتقادم لم يكن ثابتاً للمدين عند نفاذ الحوالة في حقه . ومثال ذلك أيضاً تحقق الشرط الفاسخ بعد نفاذ الحوالة ؛ إذ يجوز هنا أيضاً للمدين أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة المحال له ، برغم أنه لم يثبت له ، إلا بعد نفاذ الحوالة في حقه .

٢٣٥ - انتقال الحق في مواجهة الغير : لا يعتبر الحق المحال به متقلاً من المحيل إلى المحال له في مواجهة الغير إلا من وقت نفاذ الحوالة في حقهم ، أى من تاريخ إعلان الحوالة للمدين أو قبوله إياها قبل أن يثبت التاريخ . أما قبل ذلك الوقت ، فمعتبر الحق المحال به ثابتاً للمحيل ولم ينتقل منه إلى المحال له . ويجوز للغير أن يتعاملوا على هذا الأساس ، مع استثناء حالة الغش ، كما سبق أن بينا ^(١) .

ويرتب على ذلك ، أنه إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير (المادة ٣١٣) ، وذلك مع استثناء حالة الغش .

ويرتب على ذلك أيضاً أنه إذا وقع أحد دائي المحيل حجزاً على الحق المحال به ، في تاريخ لاحق لاعتبار الحوالة نافذة في حق الغير ، اعتبر هذا الحجز واقعاً على مال لم يعد لمدين الحائز (المحيل) ، وما جرى في حق المحال له . أما إذا كان هذا الحجز قد وقع في تاريخ سابق لنفاذ الحوالة في حق الغير ، وجب الاعتداد به في مواجهة المحال له . وتطبيق القواعد العامة يؤدي هنا

إلى أن الحاجز لا يتأثر بالحوالة. ولكن المشرع راعى مصلحة المحال له ،
واعتبر الحوالة ، بالنسبة إلى الحاجز ، بمثابة حجز آخر أوقع على الحق
المحال به . وفي ذلك تقضي المادة ١/٣١٤ بأنه : « إذا وقع تحت يد المحال
عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة
إلى الحاجز بمثابة حجز آخر » . ومثال الحالة التي نحن بصدددها أن يحول
الدائن حقه إلى (١) ، ثم يأتى (ب) ، وهو أحد دائتي المحيل ، فيحجز على
الحق المحال به ، قبل نفاذ الحوالة في حق الغير . وفي هذه الحالة يعتد بالحجز
الواقع من (ب) في مواجهة المحال له (١) ، ما دام قد تم في تاريخ سابق
لنفاذ الحوالة في حق الغير ، أى في تاريخ يعتبر الحق فيه ، بالنسبة إليهم ،
لا زال ثابتاً للمحيل (وهو مدين الحاجز) . ولكن القانون اعتبر الحوالة
الصادرة لـ (١) بالنسبة إلى الحاجز (ب) ، بمثابة حجزاً آخر أوقع لصالح
المحال له . وهكذا يعتبر الحق هنا محجوزاً عليه من كل من (ب) و (١) .
والقاعدة أنه إذا تعدد الحاجزون على نفس المال ، فإنهم يقسمونه قسمة
غرماء ، أى بنسبة ديونهم . فإذا كانت قيمة كل من الحق المحال به والحق
المحجوز بمقتضاه (أى حق ب) ٣٠٠ جنيه ، اعتبر أن (١) و (ب) أوقعا
الحجز بمقتضى دينين متساويين ، فتقسم قيمة الحق عليهما بالتساوى ، وينال
كل منهما ١٥٠ جنيهاً .

وقد تتعدد الأمور أكثر من ذلك في الحالة التي يوقع فيها حجز على
الحق المحال به . قبل نفاذ الحوالة في الغير ، وحجز آخر بعد ذلك النفاذ .
ومثال هذه الحالة أن يحول الدائن حقه لـ (١) ، وقبل نفاذ الحوالة في حق
الغير يوقع (ب) ، باعتباره دائئاً للمحيل ، حجزاً على الحق المحال به ، وبعد
ذلك النفاذ ، يوقع (ب) ، وهو دائن آخر للمحيل ، حجزاً ثانياً . وإعطاء حكم
عادل لهذه الحالة أمر بالغ الصعوبة . وقد تعددت بصده الآراء في ظل
القانون الفرنسي وفي ظل قانوننا القديم . وترجع الصعوبة هنا إلى أن الحجز

الأول، وإن كان سارياً في حق المحيل، إلا أن الحجز الثاني لا يسرى في حقه. وقد حسم قانوننا الحالي هذا الموضوع، متبنياً أحد الآراء التي كان يقول بها الفقه، وذلك في المادة ٣١٤ التي تقضي بأنه: ١ - إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر. ٢ - وفي هذه الحالة، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة.

ومؤدى هذا النص أنه إذا حول الحق لـ (١)، ثم أوقع (ب) حجزاً قبل نفاذ الحوالة في حق الغير، وأوقع (ج) حجزاً بعد هذا النفاذ، وكانت قيمة الحق المحال به وكل من ديني (ب) و (ج) ٣٠٠ جنيه؛ هنا نبدأ بتقسيم قيمة الحق على كل من (١) و (ب) و (ج) قسمة غرماء، فينص كل منهم ١٠٠ جنيه؛ ويأخذ الحاجز الأول (ب) حصته؛ أما حصة الحاجز الثاني (ج)، فتمطى للمحال له ولا يأخذ هو شيئاً. وهكذا ينتهى الأمر في مثالنا، إلى أن المحال له (١) ينال ٢٠٠ جنيه، ويأخذ الحاجز الأول (ب) ١٠٠ جنيه، ولا يأخذ الحاجز الثاني (ج) شيئاً.

٢٣ - ثانياً، التزام المحيل بتسليم سند الدين وتقديم وسائل إثباته: تكلمنا فيما سبق في الأثر الأول للحوالة، وهو انتقال الحق من المحيل إلى المحال له. والأثر الثاني هو التزام المحيل بتسليم سند الدين وتقديم وسائل إثباته للمحال له.

فالمحيل يلتزم بأن يسلم للمحال سند الدين، إذا كان له سند. كما أنه يلتزم بأن يقدم له وسائل إثباته الأخرى، كإسماء الشهود إذا كانت البيئة جائرة في إقامة الدليل عليه.

ولم يرد في قانوننا نص يتضمن هذا الالتزام^(١) . ومع ذلك لا يمكن أن يقوم هناك أدنى شك في وجوده . إذ أن طبيعة الأمور ذاتها تقتضيه ، فضلا عن أن القواعد القانونية العامة تحتمه .

٢٣٧ - ثانياً : التزام المحيل بالضمان على قسمين : قسمه الأول :
الأثر الثالث والأخير الذي يترتب على حوالة الحق بوجه عام هو التزام المحيل بالضمان . فالمحيل يلزم بمقتضى الحوالة بنقل الحق إلى المحال له . فإن لم يوف بالتزامه هذا تحمل المسؤولية .

على أن الالتزام بالضمان لا ينقل ، كأصل عام ، كاهل المحيل ، إلا إذا كانت الحوالة بعوض . أما إذا كانت الحوالة بغير مقابل ، فلا يلزم المحيل بالضمان ، إلا إذا اتفق على تحمله به ، أو كان حرمان المحال له من الحق المتبرع له به قد نشأ بفعل المحيل (المادة ٣١١) ، كما إذا عمد هذا إلى إضرار المدين من الدين قبل نفاذ الحوالة في حقه . وما ذلك إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأن المتبرع لا يضمن للمتبرع له استحقاق المتبرع به ، إلا إذا اتفق على غير ذلك ، أو كان الاستحقاق ناشئاً بفعل المتبرع نفسه (المادة ٤٩٤) . وقد ركز المشرع الحكم السابق في المادة ٢/٣٠٨ التي تقضي بأنه : ٢ - أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق .

يتحصل مما سبق أن المحيل لا يتحمل بالضمان ، بحسب الأصل ، إلا إذا كانت الحوالة بعوض . وفي هذه الحالة ، لا يضمن المحيل إلا وجود الحق .

(١) وقد جاءت المادة ٤٣٤ من مشروع قانوننا الحالي تنص على هذا الالتزام : وهي في ذلك تقول : « يجب على المحيل أن يعلم المحال له سند الحق المحال به وأن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق ، وما هو ضروري من بيانات لتبركته من حقه » . وقد حذف هذا النص في لجنة الرأية ، دون أن يشار إلى سبب حذفه . ولا جدال في أن هذا السبب يرجع إلى عدم فائدة النص ، لا اعتبار أن يتضمن حكماً تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها .

في ذمة المحال عليه وقت انعقاد الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك . وفي ذلك تقضى المادة ٣٠٨ / ١ بأنه : « إذا كانت الحوالة بموض ، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » . فالمحيل لا يكون في حالتنا مسؤولاً ، إلا إذا ثبت أن الحق المحال به غير موجود عند انعقاد الحوالة ، بأن كان باطلاً ، مثلاً ، أو كان قد انقضى بأى سبب من أسباب الانقضاء في هذا التاريخ .

وإذا كان المحيل لا يضمن إلا وجود الحق عند حوالاته ، فوذى ذلك أنه لا يضمن يسار المدين . فإن كان الحق ، عند حوالاته ، موجوداً في ذمة المدين المحال عليه ، ولكن هذا المدين معسر ، بحيث يتعذر على المحال له اقتضاء الحق منه ، فلا مسؤولية على المحيل . يسد أن المحيل ، وإن كان بحسب الأصل غير ضامن ليسار المدين ، إلا أن هذا الضمان يلزمه إذا ارتضاه ، إذ هو يأخذ هنا بما يشترطه على نفسه . وقد تضمنت المادة ٣٠٩ / ١ هذا الحكم بقولها : « ١ - لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » .

وإذا اتفق على أن المحيل يضمن يسار المدين ، فلا يعتبر المحيل مسؤولاً إلا عن يسار المدين وقت انعقاد الحوالة ، بحيث أنه إذا كان المدين في هذا الوقت مقتدرًا ، ثم أعسر بعد ذلك ، ما كان للمحال له أن يرجع على المحيل بشيء ، حتى لو تعذر عليه استيفاء دينه كله أو بعضه . وتستقي من الحكم السابق الحالة التي يرتضى فيها المحيل ضمان يسار المدين إلى وقت يتلو انعقاد الحوالة ؛ فيها يأخذ المحيل بما ارتضاه على نفسه ، ويسأل عن يسار المدين في الوقت المتفق عليه . وقد تضمنت المادة ٣٠٩ / ٢ هذا الحكم بقولها : « ٢ - وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

خلاصة كل ما سبق أن المحيل لا يلزم بالضمان، إلا إذا كانت الحوالة بعوض، على ألا يتصرف هذا الضمان إلا إلى وجود الحق المحال به وقت الحوالة، فهو لا يشمل يسار الدين، إلا إذا اتفق على غير ذلك. ومن الجائز الاتفاق على تشديد الضمان، كأن يتفق على ضمان المحيل يسار المدين. وكذلك لا يوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق على تخفيف الضمان على المحيل أو على إعفائه منه بالكلية.

وفي جميع الأحوال التي يعني فيها المحيل من الضمان، سواء أكان إعفاؤه ناتجاً من نص في القانون، كما هو الشأن في الحوالة بغير عوض، أو كان ناتجاً من الاتفاق عليه، كما إذا تضمنته الحوالة بعوض، في جميع هذه الأحوال، يلزم المحيل بالضمان، إذا كان حرمان المحال له من الحق ناشئاً عن فعله الشخصي، ولو اتفق على غير ذلك. وفي ذلك تقضى المادة ٣١١ بأنه: «يكون المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان». ومثال الأفعال الشخصية للمحيل التي من شأنها أن تحمله بالضمان في جميع الأحوال، قيامه بإبراء المدين قبل نفاذ الحوالة في حقه، وقيامه بحوالة الحق مرة ثانية، إذ كان من شأنها أن تفضل الحوالة الأولى، لسبقها في تاريخ النفاذ في حق الغير.

وإذا كان المحيل ملتزماً بالضمان، سواء أكان ضامناً لوجود الحق أو ليسار المدين، فإنه لا يكون ملزماً إلا بأن يرد للمحال له ما استولى عليه منه بمقتضى الحوالة، مع القوائد والمصروفات. ويسرى هذا الحكم حتى لو اتفق على خلافه، لتعلقه بالنظام العام. وفي ذلك تقضى المادة ٣١٠ بأنه: «إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للبائتين السابقتين، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع القوائد والمصروفات، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك».

ف نطاق الالتزام بالضمان في الحوالة أضيق نطاقاً مما تقتضيه القواعد

القانونية العامة فتؤدى هذه القواعد العامة ، أن يعوض المحيل المحال له عن كل ما ناله من ضرر من جراء علم وجود الحق أو إعسار المدين . بحسب الأحوال ؛ الأمر الذى يؤدى ، فى الأقل ، إلى التزام المحيل بدفع قيمة الحق المحال به للمحال له . ولكن المشرع خرج هنا على القواعد العامة ، حتى يقطع على المرايين والانتهازين سبيل الكسب عن طريق المضاربة بشراء الحقوق . فحرمهم من أن يطالبوا بما فاتهم من كسب ، وقصر حقهم على المطالبة بتعويضهم عما لحقهم من خسارة .

الفصل الثاني

حوالة الدين

٢٣٨ - حوالة الدين ^(١) cession de dette نظام مؤداه انتقال الحق الشخصي، من ناحيته السلبية، أى باعتباره ديناً، من المدين الأصلي إلى مدين جديد يتحمل بالالتزام مكانه. فالمدين هنا هو الذى يتغير وحده. أما ذات الالتزام، وكذلك الدائن فيه، فيبقىان دون تغيير.

وحالة الدين تقابل حوالة الحق التى يترتب عليها انتقال الحق الشخصى، من ناحيته الإيجابية، أى باعتباره حقاً، من الدائن الأصلي إلى دائن جديد. وقد استحدث قانوننا الحالى، كما سبق أن بينا ^(٢)، نظام حوالة الدين، متأثراً فى ذلك بالقانون الألمانى وبالشريعة الإسلامية. أما قانوننا القديم، فلم يكن يقر إلا حوالة الحق دون حوالة الدين، سائراً فى ذلك على غرار القانون الفرنسى.

والفكرة الأساسية التى تسود حوالة الدين فى قانوننا هى ضرورة موازنة الدائن عليها، حتى تنتج أثرها الكامل، ونعنى به انتقال الدين من المدين القديم إلى المدين الجديد. فبغير تلك الموازنة، لا يحصل هذا الانتقال، وإن نتج الاتفاق على الحوالة الذى يتم بين المدين الأصلي والمحال عليه بالدين بعض الآثار التى سنحددها فى حينها. وفى هذا تختلف حوالة الدين اختلافاً أساسياً عن حوالة الحق، التى يمكن أن تنعقد وتنتج جميع آثارها بغير موازنة.

(١) أنظر: زميلنا عبد الودود عبد الرحمن يحى، حوالة الدين، رسالة مقدمة الى جامعة القاهرة فى سنة ١٩٥٧.

(٢) أنظر ما سبق، بقية ٢١٢.

المدين المحال عليه ، بل برغم اعتراضه ^(١) . ويرجع السبب في هذا الاختلاف الجوهرى بين نوعى الحوالة إلى أن المدين بحسب الأصل ، لا يهمل أن يتغير عليه دائته ، فهو على أية حال ملتزم بأداء الدين ، ويستوى لديه أن يؤديه إلى دائته الأصلية أم إلى الدائن الجديد الذى يحول الحق إليه . أما الدائن ، فقيمه شخصية المدين إلى حد بالغ . إذ أن قيمة حقه ذاتها تتأثر عملا بشخصية المدين ، وما يتصف به من الملاة وحسن الاستعداد لوفاء ديونه أو العسر والمطل والتسويق . من أجل ذلك ، سمح القانون ، كأصل عام ، أن يتغير على المدين دائته نتيجة حوالة الحق دون حاجة إلى رضائه ، في حين أنه استلزم في جميع الأحوال موافقة الدائن ، لكي يتغير عليه مدينه نتيجة حوالة الدين .

٢٣٩ - التمييز بين حوالة الدين والتجديد القديم يؤدي إلى انقضاء الأثر الرئيسى لحوالة الدين هو انتقاله من المدين الأصلي إلى شخص آخر يلتزم به مكانه . وهكذا تؤدي حوالة الدين ، بالنسبة إلى الدائن ، إلى تغيير المدين . وهى هذه المثابة تتشابه مع تجديد الالتزام ، في إحدى صورته ، ونعني بها تجديد الالتزام بتغيير المدين . ولكن الفارق بين النظامين كبير يمس ذات الأساس الذى يقوم عليه كل منهما . فالتجديد يؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم وحلول آخر محله . أما حوالة الدين ، فلا تؤدي إلى انقضائه ، ولكن هى تؤدي إلى انتقاله بذاته إلى المدين الجديد .

٢٤٠ - وحوالة الدين ، بخلاف حوالة الحق ، ليست شائعة في العمل ، مع استثناء إحدى الصور التى تقع فيها تلك الحوالة ، وهى الصورة التى يحول فيها التعاقد كل حقوقه والتزاماته الناشئة من عقد معين إلى آخر . ومثال هذين الصورة التنازل عن الإيجار الذى يقع من المستأجر الأصلي إلى آخر يحل

محلّه في حقوقه والتزاماته في مواجهة المؤجر ؛ إذ أن التنازل عن الإيجار يتضمن حوالة لحقوق المستأجر وحوالة لالتزاماته^(١). أما في غير هذه الصورة، فحوالة الدين نادرة عندنا . ولعل السبب في ذلك هو حداثة عهدنا بها .

٢٤١ - أعطينا فيما سبق فكرة عامة عن حوالة الدين تستهدف التعريف بها . وبقي لنا بعد ذلك أن نتناول القواعد التي تحكمها . وتكلم في هذه القواعد في مبحثين : نخصص أولهما لقيام الحوالة ، وثانيهما لآثارها .

المبحث الأول

قيام الحوالة

٢٤٢ - حوالة الدين تتم في صورة من اثنتين : فهي إما أن يتفق عليها بين المدين الأصلي وبين الأجنبي الذي يحال الدين عليه ، ثم يقر الدائن اتفاقهما هذا . وإما أن يتفق على الحوالة بين الدائن والأجنبي الذي يحال الدين عليه ، بغير حاجة إلى رضا المدين . وتتناول كلا من هاتين الصورتين على التوالي :

٢٤٣ - (١) الحوالة التي تتم باتفاق المدين والمحال عليه

الصورة الأولى لحوالة الدين هي قيامها نتيجة اتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد . فيجوز للمدين الأصلي أن يتفق مع أجنبي على أن يتحمل بالدين مكانه (المادة ٣١٥) . ومثال ذلك أن يكون (أ) دائناً لـ (ب) بدين مضمون برهن يتقل عقاره ، ثم يبيع (ب) هذا العقار لـ (ج) ، ويتفق معه على أن يتحمل (أى ج) الدين الذي عليه (على ب) لصالح (أ) ، خصماً من الثمن .

والحوالة هنا تتم ، كما هو ظاهر ، باتفاق يقع بين المدين والشخص الذي

(١) راجع مؤلفنا : عقد الإيجار ج ١ نبذة ٢٥٩ .

يتحمل الدين عنه ، أي بين المحيل والمحال عليه . فالدائن ليس طرفاً في هذا الاتفاق . ومن ثم لا يلزم رضاؤه لقيامه .

وإذا كان رضا الدائن ليس لازماً هنا لانعقاد الحوالة بين المدين والمحال عليه ، إلا أنه ضروري لتنفيذ الحوالة في حقه . ولا يعنى عن رضا الدائن للحوالة إعلانه بها ^(١) . وفي هذا تقضى المادة ١/٣١٦ بأنه : « لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » .

والدائن كامل الحرية في أن يقر الحوالة أو يرفضها . فالأمر متروك لمحض تقديره ، دون أن يكون عليه في هذا التقدير معقب . فالدائن أن يرفض الحوالة ، حتى لو كان المدين الجديد المحال عليه بين الملاءة والاقتدار ، وحتى لو كان دينه مكفول الوفاء بعد الحوالة . إذ أن الاقتدار ليس هو الأمر الوحيد الذي يهم الدائن من دينه . فإلى جانبه ، يهم الدائن أن يجد في مدينه حسن الاستعداد لقضاء دينه وبعده عن المشاكسة والتسويق والمطل وقد ترك للدائن أمر التقدير في هذا المجال ، دون معقب عليه في ذلك من أحد ^(٢) .

(١) وفي هذا تختلف حوالة الدين عن حوالة الحق . إذ أن هذه الأخيرة تنفذ في حق الدين بقبوله إياها أو بإعلانه بها .

(٢) وقد كانت المادة ١/٤٤٦ من مشروع القانون تقضى بأنه : « لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » . على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الحوالة إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ، تبريراً لحكم الشق الأخير من النص ، أنه يستند إلى نظرية عدم جواز إساءة استعمال الحق . وقد حذف هذا الشق لستناداً إلى أن القفوس أصبحت الآن مليئة بالفسر والمكر ، وإلى أن هناك أشخاصاً أغنياء لا يمكن التعامل معهم ولا اقتضاء الحقوق منهم (أنظر مجموعة الأعمال التوضيحية ج ٣ ص ١٤٢) . وقد اختلفت المذاهب الإسلامية في مدى جسي الدائن في رفض حوالة الدين العاطلة من دينه . وترك هذا الخلاف حول تفسير الحديث النبوي الشريف الذي يقضى بأنه : « إذا أُحبل أحدكم على ماله فليحتل » . والراجح في قفه المذهب الحق أن المقصود من هذا الحديث هو مجرد الاستحباب ديناً ، وليس الجبر والإلزام . وقد أحى هذا التفسير رجال هذا المذهب إلى أن يحملوا حوالة الدين موقوفة دائماً على رضا الدائن ، حتى لو كان الدين موسراً مقتضراً . أما في مذهب المالكية ، فلا يجوز للدائن أن يرفض الحوالة ، لذا كان المدين موسراً ؛ فإن قبل حق للقاضي أن يصرف النظر عن رفضه . وقد سار مذهب الإمام أحمد ابن حنبل خطوة أبعد من مذهب الإمام مالك . فهو لا يجبل رضا الدائن بالحوالة شرطاً لنفاذها في حقه ، إلا إذا كان المدين موسراً .

وتطبيقاً للقواعد العامة ، قد يحى إقرار الدائن للحالة صريحاً ، كما أنه قد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال . ومثال الإقرار الضمني ، أن يعلم الدائن بالحالة ، ثم يقبض جزء من الدين أو يقبض فوائده من الحال عليه باعتباره هكذا وبدون تحفظ ، أو أن يرفع الدائن الدعوى على الحال عليه يطالبه بالدين بوصفه هكذا ، أو أن يمنحه أجلاً للوفاء ^(١) .

والأصل في إقرار الدائن للحالة أن يحى ، بعد حصولها . ولكن لا يوجد شئ ما يمنع من أن يرتضى الدائن الحالة قبل وقوعها ، وسواء في ذلك أن يحى هذا الرضاء عند نشوء الدين في ذمة المدين الأصل أم بعد ذلك ^(٢) ، بشرط أن ينصرف في جميع الأحوال إلى شخص الحال عليه .

ولا يوجد ، بحسب الأصل ، حد زمني لإقرار الدائن للحالة أو لرفضه . فالقاعدة العامة أنه يجوز له أن يفعل هذا الأمر أو ذاك في أى وقت ، ما دامت الحالة قائمة بين المدين وبين الحال عليه ، لم يتقرر إلغاؤها بينهما ^(٣) .

ولكن يهبطية الحال المدين والحال عليه أن يبت الدائن في الموضوع برأى ، حتى يتصرفا على ضوته . وقد أتاح لها القانون إجراء محكمتها من حيث

(١) وقد جاء في مشروع القانون نص يفيد أن إقرار الدائن للحالة قد يحى صريحاً أو ضمناً . وهذا هو نص المادة ٤٤٥ الذى يقضى بأنه : " يكون إقرار الدائن للحالة صريحاً أو ضمناً ، ويثبت الدائن قد أقر الحالة إذا وفى الحال عليه الدين بصفته مديناً ، وقبل الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، أو قبل أى عمل آخر يقوم به الحال عليه بصفته مديناً " . وقد حذف هذا النص ، لكونه مجرد ترديد للقواعد العامة . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٢٧ في الهامش .

(٢) وفى هذا خلاف بين رضاء الدائن لحالة المدين الدين ، وبين قبول المدين لحالة الحق من الدائن . فقد سبق لنا أن رأينا أن قبول المدين لحالة الحق ، كشرط لنفاذها في حقه وفى حق الغير ، يلزم أن يحى " بعد صدور تلك الحالة " (انظر ما سبق ، نذة ٢٢٥) . والسبب في هذا الخلاف هو أن رضاء الدائن بحالة الدين مقصود لذاته ، ومن ثم استوى أن يحى " بعد الحالة " أو قبلها . أما قبول المدين لحالة الحق ، كشرط لنفاذها في حقه وفى حق الغير ، فهو لا يتطلب لرسائه بالحالة ، إذ أن رضائه بها غير لازم ؛ وإنما هو مجرد إجراء قصد به حل الحالة إلى علم المدين حتى يلزم باحترامها ؛ ومن أجل ذلك ، وجب أن يكون هذا القبول لاحقاً لتنام الحالة ، أو في الأقل ، ماصراً لها .

(٣) فظالماً أن الدائن لم يقر الحالة ، يجوز للمدين وللحال عليه أن يرجعا فيها . فإن ظلاً ، ما ساع للدائن بعد ذلك أن يقر الحالة . لأن لإقراره هنا برد على غير ذى موضوع .

الدائن على اتخاذ قراره . ويتركز هذا الإجراء في قيام أحدهما بإعلان الدائن بالحالة وتحديد أجل معقول ، يخضع في تقريره لرقابة القاضي ، لكي يبدى خلاله رأيه . فإن صرح الدائن في خلال هذا الوقت برأيه ، اعتد بما صرح به ؛ وإن سكت اعتبر سكوته رفضاً للحالة . وفي ذلك تقضى المادة ٢٣١٦ بأنه :
٢ - وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحالة إلى الدائن ، وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحالة .

هكذا يبين أن سكوت الدائن عن إبداء رأيه في الحالة ، بعد إعلانه بها ومضي الأجل المعقول المبين في الإعلان ، يعتبر منه رفضاً للحالة . وقد استثنى المشرع من هذا الحكم حالة خاصة ، فسر سكوت الدائن فيها على أنه يتضمن إقراره بالحالة . وقد تضمنت المادة ٣٢٢ حكم هذه الحالة بقولها :

١٥ - لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً انتقال الدين المضمون ^{لئلا} ينال من إلى ذمة المشتري إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ٢ - فإذا اتفق ^{المشتري} والمشتري على حالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقراراً .

فإذا باع شخص عقاراً يملكه ، وكان هذا العقار مرهوناً في دين عليه لدائنه ، واتفق مع المشتري على أن يحول إليه الدين المضمون بالرهن ، بمعنى أنه يتحمل به مكانه ، ثم سجل البيع ، وأعلن الدائن بعد ذلك رسمياً بالحالة ، كان عليه أن يبدى فيها رأيه قبولاً أو رفضاً ، خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الإعلان إليه . فإن انقضى هذا الميعاد ، دون أن يبت في الموضوع برأى ، اعتبر سكوته إقراراً بالحالة ، وليس رفضاً لها ، كما هو الشأن في الحالات الأخرى .

وواضح مدى ما لإعلان الدائن بالحالة ، في الحالة التي نحن بصددنا ،

من أثر جد خطير . ويلزم لإعمال هذا الأثر أن تتوافر الشروط الآتية :

١ - أن يكون الدين الحال به مضموناً برهن رسمي يثقل عقاراً معيناً .
ويأخذ حكم الرهن الرسمي حق الاختصاص وحق الامتياز الخاص العقارى .

٢ - أن يباع العقار المحمل بالرهن وأن يسجل هذا البيع .

٣ - أن تحصل الحوالة بالدين لمشتري العقار .

٤ - أن يعلن الدائن بالحوالة بعد تسجيل البيع وأن يكون هذا الإعلان رسمياً ، أى بورقه على يد محضر .

٥ - أن تضي ستة أشهر بعد الإعلان ، دون أن يرفض الدائن الحوالة .
إذا توافرت كل هذه الشروط ، اعتبر سكوت الدائن قبولاً للحوالة ، وما ساع له بعد ذلك أن يرفضها .

والغاية التى يستهدفها القانون من تفسير سكوت الدائن فى حالتنا على أنه إقرار للحوالة هى رغبته فى أن تتم حوالة الدين فيها من النائم للمشتري ، فتبرا ذمة الأول منه ، وتتركز المسئولية عنه فى الثانى . وبذلك تجتمع المسئولية الشخصية والعينية عن الدين فى المشتري ، بعد أن كان من شأنها أن تكون عينية لحسب ، لو أن الدائن رفض الحوالة .

٢٤٣ - (ب) الحوالة التى تتم باتفاق المدين والمحال عليه
نشأ من رأينا أن حوالة الدين تتم ، فى صورتها الأولى ، باتفاق يبرم بين المدين الأصلى والمدين الجديد المحال عليه ، على ألا تنفذ فى حق الدائن إلا إذا أقرها . وهذه الصورة ليست هى الوحيدة . إذ أنه يسوغ أن تتم حوالة الدين فى صورة أخرى . ومؤدى هذه الصورة الجديدة أن تقع الحوالة نتيجة الاتفاق عليها بين الدائن والمحال عليه ، دون حاجة إلى رضا المدين ، بل برضه اعتراضه .

وفى ذلك تقضى المادة ٣٣١/١ بأنه : « ١ - يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه بتقرر . فه أن هذا يجعل محل المدين الأصلى فى التزامه » .

وهكذا يجوز أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن وبين المحال عليه دون حاجة إلى رضا المدين ، بل برغم اعتراضه . ويتربط على هذا الاتفاق حلول المدين الجديد مكان المدين الأصلي ، الذي تبرأ ذمته في مواجهة الدائن وليس في قيام حوالة الدين بمجرد الاتفاق عليها بين الدائن والمحال عليه .
بغير حاجة إلى رضا المدين ، بل برغم اعتراضه ، ليس في ذلك أي غشاضة .
إذ أن القاعدة العامة هي أنه يجوز لغير المدين أن يفي بالدين ، حتى لو اعترض المدين على وفائه (المادة ٢٢٣) . وإذا كان الأمر كذلك ، ساغ للغير أن يتفق مع الدائن على أن يتحمل بالدين مكان المدين ، حتى لو اعترض هذا الأخير على ذلك .

المبحث الثاني

آثار الحوالة

٢٤٤ - إذا قامت حوالة الدين ، أنتجت آثارها . وتتركز هذه الآثار في أمرين : انتقال الدين من المدين الأصلي إلى المدين الجديد المحال عليه ، والتزام المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن بالحوالة .
ونتناول كلا من هذين الأمرين على التوالي :

٢٤٥ - أولاً : انتقال الدين من المدين الأصلي إلى المحال عليه .
الأثر الرئيسي لحوالة الدين هو انتقاله من المدين الأصلي إلى المدين الجديد المحال عليه . فعبء الالتزام يزول عن الأول ، وتبرأ ذمته منه .
ويتحول هذا العبء إلى المحال عليه .

ويلاحظ أن الدين ينتقل من المدين الأصلي إلى المحال عليه بذاته وتوابعه وملحقاته وبصفاته وأوصافه . وهكذا يجب للدائن أن يطالب المحال عليه بنفس الشيء الذي كان يسوغ له أن يطالب به المدين الأصلي . ويحتفظ الدين ، بعد انتقاله إلى المحال عليه ، بصفاته وأوصافه التي كانت ترد عليه ، حالة كونه يتقل كاهل المدين الأصلي . فإذا كان الدين مديناً أو تجارياً ، مقترناً

بأجل أم معلقا على شرط ، احتفظ بصفته أو وصفه في مواجهة المحال عليه .
 ويترتب على أن الحوالة تنقل الدين بذاته من المدين الأصلي إلى المحال
 عليه ، أن الدين يحتفظ بعد انتقاله بصفاته وتأميناته . ويسرى هذا الحكم
 بالنسبة إلى التأمينات المقدمة من المدين الأصلي ، كالرهن الرسمي أو الحيازي
 المقدم منه ، كما إنه يسرى أيضا بالنسبة إلى التأمينات التي تقرررت ضده ، سواء
 أكان تقريرها راجعا إلى إذن القضاء ، وهذه هي حالة حق الاختصاص ،
 أو كان تقريرها راجعا إلى نص في القانون ، وهذه هي حالة حقوق الامتياز .
 وكان من شأن انتقال الدين بذاته إلى المحال له أن يحتفظ أيضا بالتأمينات
 المقدمة من الغير ، وهذه هي حالة الكفالة شخصية كانت أم عينية . ولكن
 المشرع لاحظ أن الكفيل ، إذا تقدم لضمان الدين ، فإنه يفعل ذلك لثقتة
 في المدين . من أجل ذلك استثنى الكفالة من التأمينات التي تنتقل مع الدين
 بعد حوالة ، مقررأ أن تلك الكفالة لا تنتقل إلا برضاء الكفيل بأن
 يظل ضامنا للمحال عليه . هكذا نخلص إلى أنه يترتب على حوالة الدين
 احتفاظه بتأميناته ، فيما عدا الكفالة ، حيث لا تضمن الدين بعد حوالة
 إلا إذا رضى الكفيل بذلك ^(١) . وفي ذلك تقضى المادة ٣١٨ بأنه :
 ١ - تبقى للدين المحال به ضماناته . ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينا
 كان أم شخصا ، ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة .

ويترتب ، في النهاية ، على أن الحوالة تنقل الدين بذاته من المدين الأصلي
 إلى المحال عليه أنه يسوغ لهذا الأخير أن يتمسك في مواجهة الدائن بنفس
 الدفع التي كان يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بها . ومثال هذه الدفع ،
 الدفع يطلان العقد الذي ولد الالتزام تأسيسا على نقص أهلية المدين أو على
 عيب شاب رضاه أو على عدم مشروعية محل الالتزام أو سببه ، والدفع
 بعدم انقضاء الأجل المحدد للوفاء . وكما أنه يجوز للمحال عليه أن يتمسك في

(١) وفي هذا تختلف حوالة الدين عن حوالة الحق . إذ أنه يترتب على هذه الحوالة الأخيرة
 احتفاظ الحق للمحال به بجمعه تأميناته ، ومن بينها الكفالة ، شخصية كانت أم عينية .

مواجهة الدائن بالدفع التي كان يجوز للدين الأصلي أن يتمسك بها ، فإنه يجوز له أيضا أن يتمسك بالدفع الخاصة به والناشئة من عقد الحوالة ، كالدفع بطلان الحوالة . وقد ركزت المادة ٣٢٠ الحكم السابق بشرطية بقولها : « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للدين الأصلي أن يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة » .

٢٤٦- أثر عدم إقرار الدائن للحوالة ، إذا لم يقر الدائن للحوالة ، رأينا فيما سبق أن الأثر الرئيسي لحوالة الدين هو انتقاله من المدين الأصلي إلى المحال عليه . على أن هذا الأثر لا يتم ، إلا إذا ارتضى الدائن الحوالة . فقد رأينا أن القاعدة عندنا هي أنه لا يسوغ أن يتغير على الدائن مدينه إلا برضائه .

ولا صعوبة في الأمر ، بالنسبة إلى الصورة الثانية من صورتي الحوالة ، أي تلك التي تتم فيها الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه . فهنا رضاه الدائن بالحوالة قائم . ومن ثم ينتقل الدين إلى المحال عليه ، وتبرأ ذمة ذلك المدين الأصلي فور الاتفاق .

أما في الصورة الأولى للحوالة ، وهي تلك التي تحصل فيها باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فيدق الأمر بعض الشيء . إذ أن الدائن بعيد في الأصل عن الاتفاق على الحوالة . ومن ثم لم أن يقرها . فإذا حصل هذا الإقرار ، برئت ذمة المدين الأصلي من الدين ، وتحمل المحال عليه به مكابه . أما إذا لم يقر الدائن الحوالة أو رفضها ، ظل محتفظا بمدينه الأصلي ، وما اعتبر الدين منتقلا في موجهته ، إلى المحال عليه .

وإذا كان من شأن عدم إقرار الدائن للحوالة أو رفضه إياها أن يجعل الدين ، بالنسبة إليه ، قائما في ذمة المدين الأصلي ، الأمر الذي يحوله مطالبته به ، إلا أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه لا يكون مع ذلك خلوا من كل أثر . فهذا الاتفاق ينشأ التزاما على المحال عليه لصالح المدين

الأصلي بأن يقوم بالوفاء بالدين للدائن في الوقت المناسب ، ويدرأ بذلك عنه مطالته به . وفي ذلك تقضي المادة ٣١٧ بأنه : ١ - ما دام الدائن لم يحدد موقعه من الحوالة إقراراً أو رفضاً ، كان المحال عليه ملوماً قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة . ٢ - على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يقم بما ألزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة .

٢٤٧ - ثانياً التزم المدين بضمان يسار المحال عليه . وهو رغبته في حث الدائن على إقرار حوالة الدين التي تبرم باتفاق المدين والمحال عليه ، قرر المشرع التزاماً على المدين بأن يضمن يسار المحال عليه وقت حصول هذا الإقرار . وفي ذلك تقضي المادة ٣١٩ بأنه : « يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك . »

فالمدين يلتزم بضمان يسار المحال عليه عند إقرار الدائن للحوالة ، إلا إذا اتفق على غير ذلك تخفيفاً أو تشديداً . على أن هذا الالتزام لا يكون إلا في الحالة التي تحصل فيها الحوالة باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه ، ثم يقرها الدائن . أما في الحالة التي تقع فيها الحوالة نتيجة الاتفاق بين الدائن وبين المحال عليه ، فلا يتحمل المدين الأصلي بالضمان . والعلة في اختلاف الحكم بين صورتين الحوالة ظاهرة .

وإذا تحقق الضمان على المدين الأصلي ، بأن كان المحال عليه معسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، أو في أي تاريخ آخر ، يقضي به الاتفاق ، كان عليه أن يعرض الدائن عما يلحقه من ضرر من جراء ذلك الإعسار . ويحصل ذلك بقيامه بدفع الدين للدائن أو بما يعجز عن استيفائه منه من المحال عليه . وهكذا يقترب مركز المدين الأصلي هنا من مركز الكفيل .

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

٢٤٨ - السمة الأساسية في الالتزام هي التوقيت وعدم الدوام^(١). فهو لا بد من أن ينقضي يوما . والسبب في ذلك أن الالتزام عبء يثقل كاهل المدين ، ومن ثم وجب ألا يلازمه إلى الأبد ، وإلا كان نوعا من العبودية ، والاسترقاق . بل إن انقضاء الالتزام ، في صورته العادية ، ونعني بها الوفاء ، هو الغاية من نشأته . فالالتزام ينشأ مستهدفا الوفاء به ، لما في هذا الوفاء من إشباع لمصلحة مادية أو أدبية للدائن .

وأسباب انقضاء الالتزام عديدة متنوعة . وأحدها يعتبر السبب العادي والطبيعي لانقضاء الالتزام ، وهو الذي تنقضي به فعلا أغلب الالتزامات في العمل ؛ وهذا هو الوفاء .

والوفاء ، وإن كان هو السبب الطبيعي الغالب لانقضاء الالتزام ، إلا أنه ليس السبب الوحيد . فهناك أسباب أخرى تؤدي بدورها إلى تلك الغاية . وترتد هذه الأسباب الأخرى إلى قسمين :

(١) ففي أولها ، نجد الالتزام ينقضي بعد أن ينال الدائن غنم معين ، سواء أكان هذا الغنم نتيجة أخذ الدائن مالا مقابل موضوع الالتزام الذي كان يحق له ، وهذه هي حالة الوفاء بمقابل والتجديد ، أو كان ذلك الغنم نتيجة برائة ذمة الدائن من دين يثقل كاهله ، وهذه هي حالة المقاصة واتحاد الذمة .

(١) وهذا بخلاف الحقوق المالية إذ أن الأصل فيها هو الدوام والتأييد ؛ وإن ورد على هذا الأصل . الاستثناء بالنسبة إلى بعض الحقوق المالية ، وهي حق الانتفاع والمحرر ، من ناحية والحقوق المالية التنبية ، وهي الرهن بنوعه وحق الاختصاص وحقوق الامتياز من ناحية أخرى

ويطلق على الأسباب التي تدخل في هذا النوع « الأسباب التي تعادل الوفاء » ، لأنها تؤدي إلى قمع الدائن بما يعادل الوفاء .

(٢) وفي النوع الثاني ، ينقضي الالتزام من غير أن تعود منه منفعة للدائن ؛ وهذه هي حالة الإبراء واستحالة التنفيذ والتقديم . ويطلق على هذه الأسباب « أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به » .

وهكذا نخلص إلى أن الالتزام إما أن ينقضي بالوفاء ، وإما أن ينقضي بأحد الأسباب التي تعادل الوفاء ، وإما أن ينقضي بغير وفاء . وتتناول هذه الحالات الثلاثة على التعاقب ، كلا في فصل مستقل .

الفصل الأول

الوفاء

٢٤٩ - الوفاء هو السبب الطبيعي العادى لاقتضاء الالتزام . وهو السبب الذى تقتضى به فعلا الأغلبية الكبرى من الالتزامات . بل إن الوفاء ، كما قدمنا ، هو الغاية التى يستهدفها الالتزام منذ نشأته . إذ أن الالتزام ينشأ بغية الوفاء به ، لما فى هذا الوفاء من توفير مصلحة للدائن ، سواء أ كانت هذه المصلحة مادية أم أدبية .

والوفاء هو أداء نفس موضوع الالتزام ، أو هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً . فالوفاء بالالتزام بتسليم سيارة ، مثلاً ، يتم بتسليمها ؛ والوفاء بالالتزام برسم صورة ، يتم برسمها ؛ والوفاء بالامتناع عن المنافسة يتم بعد القيام بما يؤدى إليها ؛ والوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود يتم بإعطاء هذا المبلغ للدائن .

والتكييف القانونى للوفاء يختلف باختلاف الأحوال . فالوفاء فى بعض الأحيان يكون مجرد واقعة مادية ، لإحماية كانت هذه الواقعة أم سلبية . وهذا هو الشأن فى الوفاء بالالتزام بتشييد منزل ، والوفاء بالالتزام برسم صورة ، والوفاء بالالتزام بإلقاء محاضرة ، والوفاء بالالتزام بالامتناع عن عمل معين . وفى بعض الأحيان الأخرى ، ينطوى الوفاء على تصرف قانونى ، إلى جانب الواقعة المادية ، وهذا هو الشأن على الأخص فى الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، وبالاتزام بالإعطاء عموماً . فالوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، مثلاً ، ينطوى ، إلى جانب الواقعة المادية التى تقوم على تسليم مبلغ النقود من المدين للدائن ، على تصرف قانونى يبرم بين هذين الشخصين ، قوامه تراضيهما على إتمام هذا الوفاء قضاء للالتزام . وحينما يتضمن الوفاء تصرفاً

قانونياً ، يلزم لقيامه صحيحاً ، توافر أركان التصرفات عموماً ، وهي الرضاء والمحل والسبب . والرضاء في الوفاء يقوم على تبادل الإيجاب والقبول بين الموفى والموفى له . أما محل الوفاء ، فهو ذات الشيء الذي يؤدي للدائن . أما سبب الوفاء ، فهو قضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه .

ونحن في دراستنا للوفاء ، لا نتناول بصفة أساسية إلا القواعد الخاصة به . وفي هذا المجال ، نتكلم في طرفي الوفاء ، ثم في موضوعه وأحواله ، وفي زمانه ومكانه ، وبعد ذلك في كيفية حصوله ، وأخيراً في آثاره .

المبحث الأول

طرق الوفاء بالالتزام

٢٥٠ - طرق الوفاء هما بالضرورة الموفى *solvens* والموفى له *acceptiens* .

وتهمنا هنا معرفة الأشخاص الذين يسوغ لهم الوفاء بالدين ، والأشخاص الذين يصح أن يحصل هذا الوفاء لهم . وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

٢٥١ - الأشخاص الذين يسوغ مصل الوفاء منهم

نعم يصح الوفاء بداهة من المدين بل إن الأصل هو أن الوفاء يقع منه . فهو من ناحية ، صاحب المصلحة الأولى في حصوله ، إذ أن من شأنه براءة ذمته من الدين . وهو من ناحية أخرى ، مجبر على الوفاء ، إن لم يقم به طوعاً واختاراً .

فإذا صح الوفاء من المدين ، صح أيضاً ، كقاعدة عامة ، من نائبه ، سواء كانت النيابة اتفاقية ، وهذه هي حالة الوكيل ، أم قانونية ، كما هي الحال بالنسبة إلى الولي والوصي والقيم .

وإذا كان الوفاء يقع في الأصل من المدين أو من نائبه ، إلا أنه يسوغ أيضاً أن يقع من الغير الذين تكون لهم مصلحة قانونية في انقضاء الالتزام .

ومثال هؤلاء الكفيل وحائز العقار المرهون ضماناً للدين . فمن يكفل الدين ، يهيمه انقضاؤه بالضرورة ، حتى تبرأ ذمته من الكفالة . وكذلك الشأن بالنسبة إلى حائز العقار المرهون ضماناً للدين ؛ فهو وإن لم يكن ملتزماً بالوفاء بهذا الدين ، إلا أن عقاره يثقل بالرهن الضامن له ، وله مصلحة قانونية ظاهرة في تحرير عقاره من هذا الرهن .

بل إن الوفاء يصح أن يقع من الغير . حتى لو لم تكن لهم أية مصلحة قانونية فيه . ويحصل ذلك عادة ممن تكون له مصلحة أدبية في الوفاء بالدين . ومثال ذلك أن يدفع الأب دين ابنه أو الأخ دين أخيه أو الصديق دين صديقه ، حتى يندأ عنه مطالبة الدائن به وإجراء التنفيذ على ماله اقتضاء له . ولكن حتى المصلحة الأدبية ليست لازمة ؛ فليسوغ أن يقع الوفاء من شخص ليس له أية مصلحة فيه ، وإن كان ذلك يحصل نادراً في العمل .

هكذا يظهر أن الوفاء ، وإن حصل في الأصل من المدين أو من نائبه ، إلا أنه يجوز أيضاً أن يقع من الغير ، حتى لو لم تكن لهم مصلحة قانونية فيه . والوفاء الواقع من الغير يسوغ ، بحسب الأصل ، حتى إذا تم بغير علم المدين ، أو حتى إذا تم رغم اعتراضه .

ولا يجوز للدائن بالضرورة أن يرفض الوفاء المعروض من المدين نفسه ، مادام مستحوزاً على الشروط القانونية . والقاعدة كذلك أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الوفاء المعروض من الغير . إلا أن هذه القاعدة الأخيرة لا تسمى على إطلاقها . فيرد عليها الاستثناءان الآتيان :

أولاً : « في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (المادة ٢٠٨) » . ففي الالتزام بعمل ، إذا اتفق الدائن والمدين على أن يقع الوفاء من هذا الأخير نفسه ، أو إذا كانت طبيعة الالتزام تستلزم هذا الأمر ، حق للدائن أن يرفض الوفاء الحاصل من الغير ، حتى لو كان هذا الغير

ثانياً عن المدين في الوفاء. ومثال هذه الحالة أن يتفق شخص مع محام كبير على أن يدافع عنه في قضية معينة ، أو مع طبيب عظيم على أن يتولى علاجه ، أو مع رسام مشهور على أن يرسم له صورة ؛ فبنا يتحم على المحام أو الطبيب أو الرسام أن يوفى بالالتزام بنفسه ؛ ويجوز للدائن أن يرفض الوفاء المعروض من أى شخص من الغير ، حتى لو كان المدين قد أنابه في أداء الالتزام عنه .

ثانياً : يجوز للدائن أن يرفض الوفاء المعروض من الغير عن لا تكون لهم مصلحة قانونية في إجرائه ، بشرط أن يكون المدين قد اعترض على وقوع الوفاء منه ، وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . ويلزم هنا ، لتحويل الدائن الحق في رفض الوفاء ، توافر الشرطين الآتيين :

(١) أن يقع الوفاء من شخص ليست له مصلحة قانونية في الوفاء بالمدين . فإن كان للمو في مصلحة قانونية في الوفاء ، ماساغ للدائن أن يرفض وقوعه منه .

(٢) أن يعترض المدين على الوفاء الحاصل من الغير ويبلغ الدائن اعتراضه هذا فغير اعتراض المدين ، لا يجوز للدائن أن يرفض الوفاء الحاصل من الغير .

هاتان هما الحالتان اللتان يجوز فيهما للدائن أن يرفض الوفاء الحاصل من غير المدين . ويلاحظ أن الدائن في هاتين الحالتين ليس مجبراً على رفض الوفاء ، فالأمر لا يعدو الترخيص له في الرفض أو القبول حسب ما يترامى له .

يخلص من كل ما سبق أن الوفاء بالمدين يسوغ أن يقع من المدين أو من نائبه ، كما يسوغ أن يقع من أى شخص من الغير ، سواء أ كانت له مصلحة قانونية في حصوله أم لا ، وحتى لو تم الوفاء من الغير بدون علم المدين أو رغم اعتراضه . وليس للدائن أن يرفض الوفاء الحاصل من غير المدين إلا في الحالتين الآتيتين : (١) إذا اتفق على أن يقوم المدين بالوفاء بنفسه أو كانت طبيعة الالتزام تقتضي هذا الأمر . (٢) إذا حصل الوفاء من شخص من الغير ، دون أن تكون له مصلحة قانونية في إجرائه ، وكان المدين قد اعترض عليه

وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . وقد ركز المشرع كل هذه الأحكام في المادة ٢٢٣ التي تقضى بأنه : ١٥ - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ . ٢ - ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق من ليست له مصلحة في هذا الوفاء ، ولو كان هذا دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .

٢٥٢ - شروط الوفاء المتعلقة بالموفى سواء كان الموفى هو المدين أم غيره ، يلزم لصحة الوفاء الحاصل منه أن يكون مالكا للشيء الذي يوفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه (المادة ١/٣٢٥) . وهذا الحكم بشرطيه لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة .

فإذا حصل الوفاء بشيء لا يملكه الموفى ، ما استطاع هذا الأخير أن يملك الدائن الشيء الذي يعطيه إياه . لأن فاقد الشيء لا يعطيه . وبالتالي يسوغ للدائن أن يعتبر الوفاء غير قائم ، ويطلب المدين بدنيه .

ويلزم لصحة الوفاء ، إلى جانب ملكية الموفى للشيء الذي يوفى به ، أن يكون الموفى أهلا للتصرف بعوض في هذا الشيء . فإن لم تتوافر فيه تلك الأهلية ، حق له أن يطلب إبطال الوفاء ، الأمر الذي يخوله استرداد الشيء الذي وفى به . ولا جدال أن هذا الحق يثبت له إذا كانت له مصلحة في استرداد الشيء الموفى به ، كما إذا كان قد وفى الدين قبل حلول أجله وأراد أن ينتفع بفسحة الأجل ، وكذا إذا أراد أن يوفى بشيء آخر مما يرد التخير عليه في التزام تخيري ثبت له الخياريه^(١) . أما إذا لم تكن للموفى مصلحة في زوال الوفاء ،

(١) راجع مذكرة المفروغ التمهيدى عن المادة ٤٦٠ منه التي أصبحت المادة ٣٢٥ من القانون ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٧٥ .

فإن حقه في إبطاله لا يقوم ، رغم قصر الأهلية ، استناداً إلى مبدأ لا دعوى بلا مصلحة . وقد قررت المادة ٣٢٥ هذا الحكم ، فبعد أن جاءت ، في فقرتها الأولى ، تستلزم لصحة الوفاء توافر أهلية التصرف في الموفى ، قضت في فقرتها الثانية بأنه : « ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضي به الالتزام ، إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى » .

٢٥٣ - الأشخاص الذين يصح الوفاء لهم

تناولنا فيما سبق الأشخاص الذين يصح الوفاء منهم . وتتكلم هنا في الأشخاص الذين يحق الوفاء لهم وفاء صحيحاً مبرئاً لذمة المدين .

والأصل أن الوفاء لا يصح إلا إذا وقع للدائن^(١) أو لمن ينوب عنه في استيفائه . فالدائن هو صاحب الحق ، ومن ثم وجب أن يحصل الوفاء به له ، أو لمن ينوب عنه فيه . وفي ذلك تقضى المادة ٣٣٢ بأنه : « يكون الوفاء للدائن أو لثانيه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً » .

أما في المدين أن يوفى الدين للدائن ، كما يجوز له أن يوفيه لثانيه ، ما دامت نيابته عنه قائمة لم تنقض وقت الوفاء . وسواء في ذلك أن تكون النيابة عن الدائن اتفاقية ، وهذه هي حالة الوكالة ، أو قانونية ، كما هي الحال بالنسبة إلى الولى والوصى والقيم . وقد اعتبر القانون الشخص الذى يقدم للدين مخالصة بالدين صادرة من الدائن وكىلاً عنه في قبضه^(٢) ، وجعله بالتالى ذا صفة في استيفائه ،

(١) والمقصود بالدائن بالضرورة هو الشخص الذى يكون الحق ثابتاً له عند الوفاء . فصفة الدائن قد تنتقل من الدائن الأصل إلى غيره ، كما هي الحال في الميراث وفي حوالة الحق . والوفاء يصح للدائن الذى تكون له هذه الصفة عند إجرائه . فهو لا يصح إذا وقع لمن كان دائناً بالحق ، ثم انتقلت عنه هذه الصفة إلى غيره ، كما هو الشأن في حوالة الحق .

(٢) وتناول هذه الحالة الدواب الذى يتقدم للمستأجرين بإيصالات الأجرة الصادرة من المؤجر .

مالم يكن متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً^(١).

وغنى عن البيان، أن الوفاء، كقاعدة عامة، لا يصح ولا يبرى ذمة المدين، إلا إذا كان الدائن الذي تلقاه أهلاً لاستيفاء الدين. فالوفاء، كما سبق، أن يتنا، تصرف قانوني يبرم بين الموفى والموفى له، ومن ثم لم أن يكون هذا وذاك أهلاً لإجرائه. فإن كان الدائن ناقص الأهلية، وجب أن يحصل الوفاء لذاته وليس له. فإن وقع الوفاء له شخصياً، ساغ له أن يطلب إبطاله، مالم يكن قد أجاز به زوال نقص الأهلية عنه. على أن حق الدائن في إبطال الوفاء لا ثبت له، إلا في حدود الضرر الذي ناله، تطبيقاً لمبدأ « لا دعوى بلا مصلحة ». فإذا أثبت الموفى، أو المدين إن كان غير الموفى، أن الدائن قد استفاد من الوفاء استفادة يعتد بها القانون، كما إذا كان قد أنفق ما قبضه في حاجياته الضرورية وبدون طيش أو نزق، أو استثمره استثماراً صالحاً، في هذه الحالة، يصح الوفاء، رغم نقص أهلية الدائن الذي تلقاه، وتبرأ ذمة المدين، وذلك في حدود ما عاد على الدائن من نفع^(٢).

ويظهر مما سبق أن الوفاء لا يصح ولا يبرى ذمة المدين، إلا إذا حصل للدائن أو لذاته. هذه هي القاعدة العامة. وهذه القاعدة العامة ليست مطلقة. فتزد عليها استثناءات ثلاثة يصح فيها الوفاء ويكون مبرئاً لذمة المدين،

(١) وإذا اتفق على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً، كان المدين أن يرفض الوفاء لمن يقدم له بمخالصة صادرة من الدائن. ولكنه ليس مجبراً على ذلك. فالأمر لا يندو منع الرخصة للمدين في أن ينفق بالدين لمن يقدم له بالمخالصة أو ألا ينفق به. أما الدائن، فلا يقبل متاعاً يحتاج بالالتحاق الذي استلزم وقوع الوفاء له شخصياً، مادام هو قد أعطى لرسوله المخالصة بالدين، ليتوجه بها إلى الدين. لأن هذا الأمر يعتبر منه زولاً عن حقه في التمسك بالاتفاق الذي يستلزم الوفاء له شخصياً.

(٢) وقد تضمنت المادة ٤٦٨ من مشروع القانون هذا الحكم بقولها: « إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين، فلا يصح الوفاء له، إلا إذا أجاز هذا الوفاء به أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين. » هي أنه إذا أصابت الملائمة من الوفاء، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه الملائمة. وقد حذف هذا النص، اعتباراً بأنه يتضمن حكماً تفصيلاً يمكن فيه تطبيق القواعد العامة. أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٩٢ في الملمش.

(٣) ٢٦٣ - أحكام الالتزام

برغم أنه يحصل لشخص من الغير . وقد تضمنت المادة ٣٣٣ هذه الاستثناءات بقولها : « إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته » .

فإن كان الأصل أن الوفاء لا يصح ولا يبرئ ذمة المدين ، إلا إذا وقع للدائن أو نائبه ، إلا أنه يجوز وينتج أثره ، إذا وقع للغير ، في الحالات الثلاث الآتية :

١ — إذا أقر الدائن الوفاء الحاصل للغير . وليس في ذلك أية صعوبة .
فإقرار الدائن اللاحق للوفاء الحاصل للغير ، كرضائه السابق به .

٢ — إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء الحاصل للغير ، وبقدر هذه المنفعة . إذ هنا لا تكون للدائن مصلحة في التمسك بعدم سريان الوفاء في حقه .
ولا دعوى بلا مصلحة . ومثال هذه الحالة ، أن يدفع المدين الدين لأحد من الغير ، ثم يقوم هذا الأخير بدفعه للدائن . ومثال هذه الحالة أيضاً ، أن يدفع المدين الدين لمن يكون دائناً لدائنه خصماً من مطلوبه عليه .

٣ — إذا دفع المدين بحسن نية الدين للدائن الظاهر ، أو للشخص الذي يكون الدين في حيازته ، وفقاً للتعبير المادة ٣٣٣ . وليس المقصود من تعبير « الشخص الذي يكون الدين في حيازته » الشخص الذي يكون بيده سند الدين .
فيجوز وجود هذا السند في يد شخص معين لا يسمح للمدين بإجراء الوفاء له . ولكن المقصود هو الشخص الذي يظهر أمام سواد الناس وجهرتهم أنه الدائن ، خلافاً للحقيقة . وما هذا إلا مجرد تطبيق قاعدة عامة مؤداها أن المظهر الخادع يحمي المخدوع ، أو أن الخطأ الشائع يولد الحق . ومثال الحالة التي نحن بصددنا ، أن يموت الدائن ، حالة كثر الناس يعتقدون أنه مات بدون عتب ، فيظهر أخوه على أنه وارثه ، ويشارك المدين جمهرة الناس اعتقادهم هذا ، فيدفع الدين للوارث الظاهر ، ثم يبين كذب هذا المظهر ،

وأن الدائن قد أنجب ولداً يحجب عنه الميراث . في هذه الحالة ، يعتبر الوفاء حاصلًا لشخص لم يكن دائنًا . ومع ذلك يصح هذا الوفاء ويرى ذمة المدين . بشرط أن يكون هذا حسن النية ، أي معتقدًا مع غيره من جمهرة الناس أنه وفي الدين لصاحبه ، على أن يكون اعتقاده هذا غير ناتج عن خطأ جسيم منه ، بمعنى ألا يكون في إمكانه أن يكشف الخطأ ويتبين وجه الحقيقة لو أنه بذل الجهد المعقول الذي تقتضيه الظروف والذي يشترط هنا لصحة الوفاء ، إلى جانب ظهور الموفى له بمظهر الدائن ، حسن نية الموفى . أما حسن نية الموفى له ، فليس بلام .

المبحث الثاني

محل الوفاء ونفعه هذا هو المبحث الثاني .

٢٥٤ — تكلمنا فيما سبق في طرفي الوفاء ، فحددنا الشخص الذي يصح له أن يفي بالدين والشخص الذي يسوغ له اقتضاؤه . وبتناول هنا محل الوفاء أو موضوعه . ونعني بهذا الأمر الشيء الذي يتحتم على المدين أدائه وعلى الدائن اقتضاؤه .

والقاعدة العامة أن محل الوفاء أو موضوعه ، بمعنى الشيء الذي يتحتم على المدين أدائه وعلى الدائن اقتضاؤه ، هو الشيء المستحق ، أو هو محل الالتزام . ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدتان فرعيتان . فالوفاء رد على ذات الشيء المستحق ، وليس على شيء غيره ، وهو يرد على كل الشيء المستحق ، وليس على بعضه بحسب . وتتناول هاتين القاعدتين الفرعيتين بشيء من البيان ؛ وذلك فيما يلي :

٢٥٥ — الوفاء بنفس الشيء المستحق

محل الوفاء هو ذات الشيء المستحق ، وليس شيئاً آخر غيره . وفي ذلك مقتضى المادة ٣٤١ بأنه : « الشيء المستحق أصلاً هو الذي يكون به الوفاء » .

فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساوياً في القيمة أو كانت له قيمة أعلى ، فالمدين لا يلتزم إلا بالوفاء بذات الشيء المستحق ، أى بذات الشيء الذى يرد عليه الالتزام . فهو لا يجبر على الوفاء بشيء آخر يرتضيه الدائن ، حتى لو كان أقل قيمة . وكذلك لا يجبر الدائن على قبول الوفاء بشيء آخر غير المستحق له يعرضه المدين عليه ، حتى لو كان أكثر قيمة ، ما لم يكن ظاهر التعنت بطبيعة الحال . وإذا حق لكل من المدين والدائن أن يرفض الوفاء بغير الشيء المستحق ، إلا أن لها بطبيعة الحال أن يتفقا على حصول الوفاء بأى شيء آخر يرتضاه . على أننا في هذه الحالة ، لا تكون بصدد الوفاء العادى الذى تفرض الآن أحكامه ، وإنما بصدد سبب آخر لانقضاء الالتزام ، هو الوفاء بمقابل .

وتطبيقاً لقاعدة حصول الوفاء بذات الشيء المستحق ، إذا كان موضوع الالتزام هو إعطاء شيء معين بذاته ، أرض محددة أو منزل معلوم ، مثلاً ، ماساخ ، بغير رضا الدائن والمدين كليهما ، أن يقع الوفاء بشيء آخر أو ينقود . وإذا كان موضوع الالتزام هو دفع مبلغ محدد من النقود ، ماساخ ، بغير رضا الدائن والمدين ، أن يقع الوفاء بشيء آخر (١) كعرض من العروض ، حصان أو سيارة مثلاً ، بل إنه يجوز للدائن هنا أن يرفض حصول الوفاء بشيك يستحب على بنك معين (٢) .

٣٥٦ - الوفاء بكل الشيء المستحق

عمل الوفاء هو كل الشيء المستحق ، وليس بعضه فقط . ويسرى هذا الحكم ، كقاعدة عامة ، بالنسبة إلى الدائن والمدين على سواء .

فالأصل أن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء بمجزم معين حقه . فإذا عرض

(١) فيصح الوفاء بإعطاء الدائن عدد النقود الذى يرضيه الالتزام ، دون اعتبار لانخفاض قيمة النقد أو زيادتها بما كان عليه الحال عند نفاذ الالتزام (المادة ١٣٤) .
(٢) وإذا قبل الدائن الشيك ، فلا يعتبر مستوفياً الدين إلا إذا قبض قيمته .

المدين على دأته أن يبق له بجزء من الدين ، مهما كانت نسبة هذا الجزء إلى الكل كبيرة ، حق للدائن أن يرفض هذا الوفاء الجزئى ، وإن كان له أن يقبله . وفى هذا تقضى المادة ١/٣٤٢ بأنه : ١٥ - لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه . ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

وهكذا فالقاعدة العامة هى أن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء بحقه ، إلا إذا ورد على موضوع هذا الحق كله ؛ فهو لا يرغب على قبول الوفاء بجزء منه . مع ملاحظة أن موضوع الحق لا يشمل أصله لحسب ، بل يشمل أيضاً ملحقاته ، كالصروفات والفوائد .

قاعدة عدم إرغام الدائن على قبول الوفاء الجزئى ليست مطلقة ويرد على عليها الاستثناءان الآتيان :

١ - إذا وجد اتفاق على إمكان تجزئة الوفاء ، كان الدائن مجبراً على احترامه . فالأ اتفاق سيد فى مجالنا ، لعدم اتصال قاعدتنا بالنظام العام .

٢ - إذا نص القانون فى حالة معينة على تجزئة الوفاء ، تعين بالضرورة الاحتياط . ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٢/٣٤٦ من الترخيص للقاضي بتقسيم الدين على المدين ومنحه آجالاً للوفاء بها إذا اكتشفته ظروف استثنائية تبرر الرأفة به ، دون أن يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم .

وإذا كان الدائن لا يجبر ، بحسب الأصلى ، على قبول الوفاء الجزئى ، فالمدين بدوره لا يرغب ، كقاعدة عامة ، على أن يبق الدائن بجزء من الدين فله أن يصصر على الوفاء الكامل بدنه ، وأن يرفض الوفاء الجزئى ، حتى لو طلبه الدائن منه . وقد تكون له فى ذلك مصلحة ، كما إذا كان يفتى الخلاص من دينه دفعة واحدة .

ويرد على ذلك قاعدة عدم الإرغام على قبول الوفاء الجزئى فى سرياتها على المدين ، نفس الاستثناءين اللذين يردان عليها فى سرياتها على الدائن ؛

وهما حالتا الاتفاق ونصر القانون . وإلى جانبهما ، يوجد استثناء ثالث ، نصت عليه المادة ٢/٣٤٢ بقولها : ٢٠ — فإذا كان الدين متنازعا في جزء منه ، وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء . فإن ادعى الدائن ، مثلا ، أن له على المدين مائة جنيه ، وأعترف المدين بأن عليه خمسين جنيهًا وتنازع في الباقي ، وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به ، وجب على المدين أن يوفي له به ، وامتنع عليه أن يرجىء الوفاء به إلى حين حسم النزاع في الجزء الباقي .

خلاصة كل ما سبق أن القاعدة العامة هي وجوب الوفاء بكل الحق ، بما يشمله من توابع وملحقات ، لاسيما المصروفات والفوائد . وأنه لا يسوغ إجبار الدائن أو المدين على الوفاء الجزئي .

وغنى عن البيان أن نطاق هذه القاعدة يتحدد بالحق الواحد . أما إذا تعددت الحقوق بين الدائن والمدين ، كما إذا كان للأول على الثاني حق ناشئ من قرض ، وآخر ناشئ من بيع باعتباره ثمنًا ، وثالث ناشئ باعتباره تعويضًا عن فعل خاطئ ، في هذه الحالة يسوغ ، للدائن أن يجبر المدين على أن يفي له بكل دين على حدة ، كما يسوغ للمدين أن يجبر دائته على استيفائه .

٢٥٧ — كيفية خصم المدفوع عند تعدد الربوبه أو عناصرها

لو أن الدائن لا يجبر ، بحسب الأصل ، على قبول الوفاء الجزئي ، إلا أنه كثيراً ما يقبله ، بمشامع مبدأ ما لا يدرك كله لا يترك كله . وإذا استوفى الدائن جزءاً مما يستحق له على المدين ، ثارت مسألة كيفية خصم هذا الجزء من الدين عندما تعدد عناصره . وكذلك تثار هذه المسألة ، عندما تتعدد الديون التي للدائن على المدين ، ويكون ما استأده لا يفي بهذه الديون كلها .

فإذا تعددت عناصر الدين الواحد ، كما إذا شمل ، إلى جانب أصله ،

مصرفاته وفوائده ، وكان المدفوع لا يني بكل هذه العناصر جميعاً ، وجب أن نجد كيفية إجراء الخصم . وهذه المسألة لا تخلو من الأهمية . فالحكم قد يختلف بالنسبة إلى عناصر الدين الواحد . فقد تكون المصروفات مضمونة بامتياز المصروفات القضائية . ثم إن الفوائد تتقدم بخمس سنوات (المادة ١/٣٧٥) ، في حين أن أصل الدين يتقدم بانقضاء خمس عشرة سنة ، كقاعدة عامة .

وإجراء خصم المدفوعات يخضع في أساسه للاتفاق عليه بين الدائن والمدين ؛ لأن الاتفاق سيد في هذا المجال ، لعدم اصطدامه بالنظام العام . فإن اتفق على أن المدفوع يخصم ، مثلاً ، من أصل الدين دون المصروفات والفوائد ، أخذ بما اتفق عليه . فإن لم يقع الاتفاق بين الدائن والمدين على كيفية إجراء الخصم ، تعين أعمال الحكم المنصوص عليه في القانون . ومؤدى هذا الحكم أن يخصم المدفوع أولاً من المصروفات ، فإن تبقى منه بعد المصروفات شيء ، خصم من الفوائد ؛ فإن تبقى بعد ذلك شيء ، خصم من أصل الدين (المادة ٣٤٣) .

وإذا تعددت الديون في ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ، ومن جنس واحد ، كما إذا وردت كلها على مبالغ من النقود ، وكان ما أداه المدين لا يني بهذه الديون جميعاً . خصم المدفوع من الدين الذي يتفق عليه بين الدائن والمدين . فإن لم يقع هذا الاتفاق ، خصم المدفوع من الدين الذي يعينه المدين ، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التعيين (المادة ٣٤٤) . ومثال المانع القانوني الذي يحول دون الأخذ بتعيين المدين ، أن يكون للدين الذي عينه أجل لم يحل بعدمضروب لمصلحة الدائن^(١) ، أو كان الموفى به لا يبلغ كل مطلوب الدائن بالنسبة إلى الدين الذي عينه المدين ؛ حيث إن الدائن لا يجبر ، كما بينا ، على قبول الوفاء بجزء من حقه . أما المانع الاتفاقي ، فتمت أفر

(١) أما إذا كان الأجل مضروباً لمصلحة الدين وحده ، وقع تعيين هذا الأخير للدين المقرر به سابقاً ، لاعتبار الدين هنا متنازلاً عن الأجل .

في حالة وجود اتفاق بين الدائن والمدين على اقتطاع المدفوع من دين آخر غير ذلك الذي يعينه المدين .

فإن لم يكن ثمة اتفاق على كيفية إجراء خصم المدفوع ، ولم يعين المدين الدين الذي يجري الخصم منه ، أو بطل تعيينه لاصدامه بماتم قانوني أو اتفاق ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فن أشدها كلفة على المدين ؛ فإن تساوت الديون في الكلفة فن حساب الدين الذي يعينه الدائن (المادة ٣٤٥) ، وهكذا نبدأ في حالتنا بالدين الذي حل أجل الوفاء به . فإن تعددت الديون الحالة ، أجرى الخصم من الدين الذي يهبط المدين أكثر من غيره . أي الدين الأشد كلفة عليه . فالديون لا تتساوى في ثقلها على المدين . فأشدها كلفة عليه هو الدين الذي يسوغ الإكراه الديني بشأنه ، كدين النفقة . والدين الذي يغلب فائدة أشد كلفة من ذلك الذي لا يغلبها أو يغلبها بسعر أقل . والدين الثابت بحكم أو بسند رسمي أشد كلفة من ذلك الثابت بورقة عرفة محسب . والدين الذي يتقادم بعد مدة معينة أشد كلفة من ذلك الذي يتقادم بعد مدة أطول . والدين المضمون بكفيل أو برهن أثقل من الدين المجرد من التأمينات الخاصة . فإن تساوت الديون في الكلفة ، أجرى الخصم من ذلك الذي يعينه الدائن .

المبحث الثالث

زمان الوفاء ومكانه

٢٥٨ - حددنا فيما سبق الأشخاص الذين يصح الوفاء منهم والشخص الذي يجب الوفاء له والشيء الذي يجب الوفاء به . وفتناول الآن تحديد الوقت والمكان اللذين يجب حصول الوفاء فيهما .

٢٥٩ - زمان الوفاء

القاعدة العامة هي أنه يجب الوفاء بالالتزام وير نشوته في ذمة المدين . وفي ذلك تقضى المادة ١/٣٤٦ بأنه : « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

وقاعدة وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ليست مطلقة، بل تلحقها عدة استثناءات. وترتد هذه الاستثناءات إلى الأحوال التي يكون فيها الالتزام مقترناً بأجل واقف. ^(١) فقد رأينا أن الالتزام هنا لا يكون مستحق الأداء قبل حلول أجله.

وينقسم الأجل بالنسبة إلى مصدره إلى أجل اتفاق وأجل قانوني وأجل قضائي. ولا صعوبة في النوعين الأولين. فحينما يقضي الاتفاق أو نص في القانون بالوفاء بالالتزام في وقف مضروب، تبين العمل بمحكمه. بقي النوع الثالث، وهو الأجل القضائي أي الذي يحدده القاضي، أو نظرة الميسرة، كما يسمى. وهو في حاجة إلى شيء من البيان.

٢٦٠ - نظرة الميسرة ٣

استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بوجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه، يجوز للقاضي أن يمنح المدين المأثر الحظ أجلاً أو آجالاً للوفاء بدينه، وينظره بذلك إلى ميسرة، لعل الله يؤثره من بعد عسر يسراً. وفي ذلك تقضي المادة ٢/٣٤٦ بأنه: «على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسم».

وكما هو واضح من هذا النص، لا يسوغ للقاضي أن يمنح نظرة الميسرة في كل الأحوال. فلهذه المنحة شروط يجب توافرها. وهذه هي الشروط الآتية: -

١ - يجب أن تكتشف المدين ظروف من شأنها أن تجعله جذراً بالبر والرحمة. فنظرة الميسرة منحة، وليست حقاً للمدين. والمنحة لا تكون إلا للجدير بها. فلا يسوغ منح نظرة الميسرة للمدين الماثل المتعنت الذي

يُمتنع عن الوفاء بدينه برغم قدرته . إنما هي تمنح للمدين العاثر الحظ الذي يوجد في ظروف من شأنها أن تجعل الوفاء بدينه فوراً متعذراً أو في الأقل ملحقاً بإياه بفادح الضرر . وتقدير الظروف التي تبرر منح نظرة الميسرة متروك للقاضي الموضوع ، بلا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض . إنما يجب على القاضي ألا يتأذى في منح نظرة الميسرة . لأنها لا تكون ، كما يقول المادة ٣٤٦/٢ ، إلا في الحالات الاستثنائية .

٢ — يجب أن تكون هناك فائدة ترجى من منح نظرة الميسرة ، كما إذا بدت الظروف العثرة التي تكتشف المدين موقفة يؤمل أن تزول . أما إذا لم يكن هناك أمل معقول في تحسن مركز المدين ، فلا يجوز للقاضي أن ينظره إلى ميسرة .

٣ — يجب ألا يوجد هناك نص في القانون يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة في الحالة الخاصة المعروضة عليه . ومثال هذا النص ما تقرر في المادة ١٥٦ تجارى من أنه : لا يجوز للقضاة أن يعطوا مبلية بدفع قيمة الكسبالة ، . ويسرى هذا الحكم أيضاً على السندات الأذنية والسندات لحاملها (المادة ١٨٩ تجارى) .

٤ — ويلزم في النهاية ألا يكون من شأن منح المدين نظرة الميسرة إلحاق ضرر جسيم بالدائن . فالرحمة بالمدين لا تبرر التضحية بمصلحة الدائن ، إلا في حدود الضرر اليسير ، دون الضرر الفادح الجسم . فإن ظهر للقاضي ، مثلاً ، أن من شأن منح المدين أجلاً للوفاء أن يفوت على الدائن صفقة هامة يضره كثيراً حرمانه منها ، أو كان من شأنه أن يعرقل أعماله ويؤدى إلى إعساره أو إفلاسه ، إذا ظهر للقاضي هذا الأمر أو ذاك ، وجب عليه الامتناع عن منح نظرة الميسرة .

هذه هي الشروط التي يلزم توافرها ، لكي يستطيع القاضي منح نظرة

الميسرة . فإن منحها برغم عدم توافرها كلها ، جاء حكمه خاطئا ، وكان لمحكمة
التقاضي أن تنقضه .

على أن مجرد توافر الشروط السابقة لا يعنى ضرورة منح نظرة الميسرة ،
فالأمر لا يعدو مجرد رخصة وضع القانون زمامها بيد قاضي الموضوع ،
وفقا لتقديره . ومن ثم فلا تعقيب من محكمة التقاضي على قاضي الموضوع
إن هو رفض أن ينظر المدين إلى ميسرة ، كاتنة ما كانت ظروفه .

ومؤدى نظرة الميسرة ، إن رأى القاضي منحها للمدين ، أن يعطيه أجلا
للوفاء بالمدين . ويلزم أن يكون هذا الأجل معقولا ، وإن لم يحدد القانون
حدأ أقصى له . وللقاضي كذلك أن يمنع المدين عدة آجال وليس أجلا
بمعنى أن يقسط عليه الدين وفقا لما يراه .

ويلاحظ في النهاية أن ثبوت الرخصة للقاضي في منح نظرة الميسرة
بالشروط التي حددتها من النظام العام . ومن ثم يقع باطلا الاتفاق بين
واحدأ ، الدائن والمدين على منع القاضي من استعمالها .

٢٦١ - مطالبة الوفاء بمقتضى اتفاق

يختلف المكان الذي يجب الوفاء فيه باختلاف موضوع الالتزام فإن
كان موضوع الالتزام تسليم شيء محدد بذاته ، كسيارة معينة أو حصان
معلوم أو أرض محددة ، وجب الوفاء به في المكان الذي كان الشيء موجودأ
فيه وقت نشوء الالتزام ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (المادة ٣٤٧/١) .
أما في الالتزامات التي ترد على شيء آخر ، كالالتزام بتسليم شيء مثل أى محدد
بنوعه فقط ، عشرين أردبا من القمح أو خمسين قطارا من القطن . مثلا ،
و كالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن الوفاء يكون في موطن المدين عند حصوله ،
أو في مركز أعماله إن كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال (المادة ٣٤٧/٢) ،
وذلك بطبيعة الحال مالم يقضى الاتفاق أو القانون أو العرف بخلافه .

ونكرر أن موطن المدين الذى يجب الوفاء فيه هو ذلك الذى يكون له عند حصول الوفاء . وهكذا فإن كان للمدين عند نشأة الالتزام موطن معين ، وعند الوفاء كان له موطن آخر غيره ، وجب الوفاء فى هذا الموطن الأخير .

وقد حدد القانون موطن المدين لحصول الوفاء بالالتزامات التى ترد على الأمور أخرى غير تسليم الأشياء المحددة بالذات ، ولا سيما الالتزامات بدفع المبالغ النقدية ، ابتغاء التيسير على المدين ، وهو الجانب الضعيف فى الالتزام . فالقانون ، بحسب الأصل ، يلزم الدائن بأن يسعى هو إلى مدينه ليستوفى منه حقه ، وكفى بذلك المدين مثونة السعى إلى دائنه . وقد درج الفرنسيون ، فى إرازهم هذا المعنى ، على القول بأن الدين يسعى إلى طلبه *querable* ولا يحمل لدفعه *non portable* .

المبحث الرابع

كيفية حصول الوفاء

٢٦٢ — إجراء الوفاء بالالتزام يقتضى بالضرورة رضاء الموفى ، سواء أكان هو المدين أم غيره . فالوفاء عمل اختارى بالنسبة إلى الموفى . فإن لم يوف المدين بالتزامه اختاراً ، ولم يوفه عنه شخص غيره ، كان للدائن سبيل آخر لاقتضاء حقه غير الوفاء ، وهذا هو التنفيذ الجبرى على أموال المدين . أما الدائن ، فالحال بالنسبة إليه مختلف . فقد يرتضى الوفاء المعروض عليه . وقد يتعنت ويرفضه . وهكذا يتخذ الوفاء إحدى صورتين : فهو إما أن يحصل برضاء الدائن ، وإما أن يحصل رغم إرادته . وتتناول هاتين الصورتين على التوالى :

٢٦٣ — أوامر : حصول الوفاء برضاء الدائن

إذا ارتضى الدائن الوفاء المعروض عليه ، وأجريت بالفعل عملية الإيفاء

والاستيفاء ، تم الوفاء بالدين أو بعضه على حسب الأحوال ، وبرئت ذمة الدين منه كلياً أو جزئياً .

ولا تنور هنا إلا مسألة توفير الدليل على حصول الوفاء ، حتى يقدمه الموفى عند الحاجة . ويختلف الأمر هنا باختلاف ما إذا حصل الوفاء ببعض الدين ، أم به بأكمله . فإن وقع الوفاء بجزء من الدين ، حق للموفى أن يطلب مخالصة أو إيصالاً ، بما وفاه ، مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . وإن وقع الوفاء بكل الدين ، كان للموفى أن يطلب إعطاء سند الدين أو إقراراً كتابياً من الدائن بإفائه ، فإن كان سند الدين قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن إقراراً كتابياً بضاعه (المادة ١/٣٤٩) .

وهكذا يوفر القانون أمام الموفى السبيل إلى الحصول على دليل كتابي للوفاء . ويسرى هذا الحكم ، حتى لو كان الدين الموفى به غير ثابت في محرر ، وحتى لو كان من الجائز إثبات الوفاء بالبنية .

وإذا رفض الدائن إعطاء الموفى الدليل الكتابي على النحو الذي بيناه ، جاز للموفى أن يثبت هذا الرفض بإعلان رسمي يوجهه للدائن ، فإن فعل ، اعتبر الدائن ممتنعاً عن استيفاء الدين ومعذراً بامتناعه ، وحق للمدين أن يلجأ إلى إجراءات العرض والإيداع (المادة ٢/٣٤٩) التي سنينها بعد قليل .

وتحمل المدين نفقات الوفاء ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك^(١) . ومثال نفقات الوفاء ، مصروفات إرسال الشيء إلى المكان الواجب تسليمه فيه ، ومصروفات إرسال الحوالة البريدية إذا تم الوفاء بها ، ونفقة وزن الشيء أو مقاسه .

(١) ومن أبرز النصوص التي لا تحمل مصروفات الوفاء بالتزام على الدين ، بل تحمل بها الدائن ، المادة ٦٢٠ . فهذه المادة تجعل رسوم التسجيل على المقرض ، برغم أنه إجراء لازم للوفاء بالتزام المالك بنقل الملكية .

٢٦٤ - ثانياً : موصول الوفاء بغير رضا الدائن

الدائن ليس حراً في أن يقبل الوفاء بحقه أو لا يقبله ، بل هو مجبر على قبوله ، ما دام قد جاء من شخص يحق له إجراؤه ، ومستحوزاً على شروط صحته المتعلقة بمحله وزمانه ومكانه والتي سبق لنا بيانها . وهكذا فالمدين ، إن كان مجبراً على الوفاء بدينه ، فالدائن أيضاً مجبر على قبول الوفاء بحقه . ما دام يعرض عليه عرضاً صحيحاً .

٢٦٥ - إغذار الدائن بما يسجل عليه رفضه اقتضاء حقه

إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، كما إذا امتنع عن الحضور إلى المكان الواجب تسليم القمح أو القطن فيه حتى تتم عملية الوزن أمامه ، أو امتنع عن إعطاء المدين مخالصة بالدين الذي يعرض عليه دفعه ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، وإذا حصل من الدائن شيء من ذلك ، اعتبر متمتعاً عن استيفاء حقه . ولكن مجرد هذا الامتناع لا يكفي ، بحسب الأصل ، لإثبات التقصير عليه . وإنما يلزم لذلك أن يقوم المدين بإثبات هذا الامتناع أو الرفض بوجه رسمي . وسيله إلى ذلك قيامه بإعلان الدائن رسمياً ، أي بمقتضى ورقة على يد محضر ، بما يسجل عليه امتناعه عن استيفاء الدين . فإن قام المدين بهذا الإجراء ، اعتبر الدائن معذراً (المادة ٣٣٤) ، وذلك من تاريخ وصول الإعلان الرسمي إليه أو إلى موطنه . وهكذا فالإعذار ، كما قد بوجه إلى المدين لإثبات تقصيره في تنفيذ التزامه ، قد بوجه إلى الدائن لإثبات تقصيره في استيفاء حقه .

وإذا تم إغذار الدائن على النحر السابق ، ترتبت عليه آثار هامة . وترتد هذه الآثار إلى فكرة اعتبار الدائن مقصراً في استيفاء حقه . وهذه الآثار هي الآتية :

١ - تقف سريان الفوائد من تاريخ الإعذار ، وذلك إن كان الدين

يفلها . ويسرى هذا الحكم على الفوائد المشترطة في مقابل الانتفاع بالنقود
وعلى الفوائد التأخيرية على حد سواء .

٢ - من تاريخ الإعذار ، يتحمل الدائن تبعة هلاك أو تلف الشيء الذى
يجب الوفاء به ، إذا حصل هذا الهلاك أو التلف بقوة قاهرة وليس لهذا
الأثر أهمية ، إذا كانت تبعة الهلاك على الدائن من الأصل ، كما هو الشأن
فى أغلب الالتزامات . فوفقاً للقاعدة العامة ، تقع تبعة هلاك موضوع الالتزام
على الدائن . وهذا ما يحصل ، مثلاً ، بالنسبة إلى التزام المستأجر برد الشيء
المؤجر بعد انتهاء الإيجار ، وإلى التزام المستعير برد الشيء المعار بعد انتهاء
العارية ، وإلى التزام الوكيل برد الأشياء التى تسلمها بمقتضى الوكالة على أثر
انتهائها ؛ فهنا يتحمل الدائن (المؤجر أو المعير أو الموكل) تبعة هلاك الشيء
من الأصل . فلا يغير من الوضع شيئاً أن يقصر الدائن فى اقتضاء حقه وأن
يسجل عليه مدينه تقصيره هذا بقيامه بإعذاره . ولكن فى بعض الحالات
الاستثنائية ، تكون تبعة الهلاك فى الأصل على المدين . ويحصل هذا على وجه
الخصوص بالنسبة إلى التزام البائع بتسليم المبيع ؛ فهلاك المبيع قبل تسليمه
يقع فى الأصل على المدين ، وهو البائع . وفى هذه الحالات ، يترتب على
إعذار الدائن بما يسجل تقصيره فى استيفاء حقه ، انتقال تبعة الهلاك إليه .
فإذا أعذر البائع المشتري بما يسجل عليه رفضه بدون مبرر تسلم المبيع ، ثم
هلك المبيع بعد ذلك ، تتحمل المشتري تبعة الهلاك ، الأمر الذى يجعله ملتزماً
بدفع الثمن برغم هلاك المبيع أو تلفه . وهكذا نرى أن إعذاره الدائن
بما يسجل عليه تقصيره فى اقتضاء حقه ينقل إليه تبعة هلاك الشيء موضوع
الالتزام ، إذا كانت تلك التبعة فى الأصل على المدين . كما أن إعذار المدين
بما يثبت عليه تقصيره فى الوفاء بالتزامه ينقل إليه تبعة هلاك الشيء ، إذا كانت
فى الأصل على الدائن ، وهو الأمر الذى يبيناه فى حينه .

٣ - يترتب على إعدار المدين للدائن بما يسجل عليه رفضه للوفاء ثبوت الحق الأول في الالتجاء إلى إجراءات العرض والإيداع على نفقة الدائن ، على نحو ما سنبينه بعد قليل .

٤ - ويترتب على إعدار الدائن ، في النهاية ، ثبوت الحق للمدين في تعويض الضرر الناشئ له من جراء امتناع الدائن عن الوفاء ، مادام هذا الضرر مستحوزاً على الشروط القانونية اللازمة لثبوت التعويض عنه ، بأن كان محققاً ومباشراً ومتوقعاً .

هذه هي الآثار التي تترتب على قيام المدين بإعذار الدائن بما يسجل عليه امتناعه دون مبرر عن قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً . وقد ركزت المادة ٣٣٥ بقولها : « إذا تم إعدار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر » .

٢٦٦ - إجراءات العرض والإيداع

رأينا أن الإجراءات الأولى الذي يقوم به المدين ، عند رفض الدائن الوفاء الذي يعرضه عليه ، هو تسجيل هذا الرفض في إعلان رسمي يوجه إليه . فإن فعل المدين ذلك ، اعتبر الدائن معذراً ، وترتبت على الإعذار الآثار الهامة التي حددناها بأن يبدأ ذمة المدين لا تترأ بمجرد امتناع الدائن عن استيفاء الدين وإعداره بامتناعه . فهذا الدين لازال باقياً في ذمته ، حيث إنه لم يقيم في الحقيقة بذمته . فإن أراد المدين إبراء ذمته ، وجب عليه أن يسلك الخطوة الثانية ؛ وهي تركيز في الالتجاء إلى إجراءات العرض والإيداع المنصوص عليها في المواد من ٧٨٦ إلى ٧٩٦ من قنين المرافعات .

وتتمر إجراءات العرض والإيداع بالمراحل الثلاث الآتية :

(١) العرض الفعلي : تبدأ الإجراءات التي نحن بصدد ممارستها بالشيء الموفى

به عرضاً فعلياً على الدائن . ويحصل ذلك بتسليم المدين هذا الشيء إلى المحضر الذي ينتقل به إلى موطن الدائن ويعرضه عليه عرضاً فعلياً^(١). هذا إن كان محل الوفاء مبلغاً نقدياً . أما إذا كان محل الوفاء شيئاً آخر غير النقود ، وفي الأقل إذا كان من الأشياء التي يتعذر تسليمها في موطن الدائن ، حصل العرض الفعلي بتكليف الدائن بورقة على يد محضر يتسلمه (المادة ٧٨٦ مرافعات) . وإذا حصل العرض الفعلي على الدائن على النحو الذي دناؤه ، فالحال لا يخرج عن أحد أمرين : فإما أن الدائن يقبل العرض ، وإما أن يرفضه . فإن قبله ، تم الوفاء وبرت ذمة المدين . وإن رفضه ، وجب الالتجاء إلى الخطوة التالية ، وهي خطوة الإيداع .

(ب) الإيداع : يقصد بالإيداع وضع الشيء في خزانة المحكمة . فإذا وقع رفض الدائن العرض ، وكان المروض منبثقاً من النقود ، قام المحضر بإيداعه في خزانة المحكمة في اليوم التالي على الأكثر ، على أن يقوم المدين بإعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع (المادة ٧٨٩ مرافعات) . وإذا كان المروض شيئاً آخر غير النقود ، حق للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعبئه^(٢) (المادة ٧٩٠ مرافعات) . وهكذا يستعاض بالحراسة عن الإيداع^(٣) ، كلما تعذر هذا الإجراء الأخير .

(١) وإذا كانت هناك قضية منظورة بين الدين والدائن ، ساغ أن يحصل الرض الحقيقي حال المرافعة في الجلسة أمام المحكمة ، بشرط أن يكون من يوجه العرض إليه حاضراً . وهنا تسلم النقود المروضة ، عند رفضها ، لكاتب الجلسة الذي يقوم بإيداعها خزانة المحكمة (المادة ٧٩٢ مرافعات) .

(٢) وإلى جانب حالة امتناع الدائن عن قبول الوفاء المروض عليه ، يجوز للدين أن يلجأ إلى إجراء الإيداع أو الحراسة ، إذا كان الدين مجهول شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصاً ولم يكن له نائب له صفة في قبول الوفاء عنه ، أو كان الدين متنازعا فيه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جديدة أخرى تبرر هذا الإجراء (المادة ٣٣٨ مدني) .

(٣) وإذا كان الشيء اللو في به مما يسرع إليه التلف ، أو كان مما يتكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته ، كان للدين ، بعد استئذان القضاء ، أن يبيعه بسرعه في السوق أو البورصة ، إن كان له سعر متداول فيها ؟ فإن لم يكن له سعر متداول معروف في السوق أو البورصة ، كان للمدين ، بعد استئذان القضاء أن يبيعه بالمراد المتفق (المادة ٣٣٧ مدني) .

(٢٧ م — أحكام الالتزام)

٣ — قبول الدائن العرض أو الحكم بصحته . العرض موجه للدائن ويظل كذلك حتى بعد إيداع المعروض خزانة المحكمة . ولهذا فللدائن أن يقبله في أي لحظة ، إلا إذا كان المدين قد رجع فيه . وله أن يقبل العرض ، حتى لو سبق له رفضه (المادة ٧٩٤ مرافعات) . فإذا قبل الدائن العرض ، وتسلم ما أودع على ذمته ، تم الوفاء وبرئت ذمة المدين . أما إذا ظل الدائن على عنايه ، كان للمدين أن يخطو الخطوة الأخيرة . وهي تتمثل في استصدار حكم بصحة العرض . فإن أصدرت المحكمة حكمها بصحة العرض ، حكمت في نفس الوقت ببراءة ذمة المدين من يوم العرض ، وليس فقط من يوم الإيداع (المادة ٧٩٣ مرافعات) . وهكذا يقوم الحكم بصحة العرض المشفوع بالإيداع مقام الوفاء (المادة ٣٣٩ مدني) .

ويلاحظ أن المدين يظل حراً في الرجوع في عرضه ، إلى أن يقبله الدائن أو يصدر حكم بصحته . فإلى هذا الوقت ، يسوغ له بمحض إرادته ، أن يرجع في عرضه ، ويسترد المبلغ المودع خزانة المحكمة . فإن فعل ، اعتبر أنه لم يلجأ إلى الوفاء ، ويظل ملتزماً بالدين ولا تبرأ ذمة شركائه فيه ، إن كان له شركاء ، ولا ذمة الضامنين له (المادة ٣٤٠ مدني) . فإن قبل الدائن العرض أو صدر حكم بصحته ، امتنع على المدين الرجوع فيه بغير موافقة الدائن . فإن رجع في هذه الحالة الأخيرة بموافقة الدائن ، كان له أن يسترد ما أودعه من خزانة المحكمة ، فإن فعل ، عاد الدين يشمل كاهله من جديد . ولكن في هذه الحالة ، يبرأ الشركاء في الدين وتنقضي كافة التأمينات التي كانت تضمنه (المادة ٣٤٠/٢) ، سواء أ كانت شخصية أم عينية .

المبحث الخامس

آثار الوفاء

٢٦٧ - إذا تم الوفاء ، سواء حصل برضاء الدائن أم برغم إرادته عن طريق الالتجاء إلى إجراءات العرض والإيداع ، إذا تم الوفاء على هذا النحو أو على ذلك ، أنتج أثره . والأثر الرئيسي للوفاء هو انقضاء الالتزام .

ولا تنور أنه صعوبة ، إذا وقع الوفاء من المدين ، حالة كونه منفرد بتحمل عبء الالتزام لا يشاركه فيه غيره . فالدين هنا يكون عليه وحده ؛ فإن وفاءه ، برئت ذمته في مواجهة الدائن ، ولم يكن له أن يرجع على أحد بما وفاه .

٢٦٨ - ولكن الصعوبة تنور ، إذا كان الموفي شخصاً آخر غير المدين ، أو كان مديناً بالدين الذي وفاه ، ولكنه لا ينفرد وحده في التحمل به ، بل يشاركه فيه أشخاص آخرون ، كما إذا كان مديناً متضامناً مع غيره ، أو شريكاً في دين غير قابل للانقسام . ففي هذه الحالة ، يؤدي الوفاء إلى انقضاء الالتزام بالنسبة إلى الدائن . ولكن الموفي يعتبر أنه أدى ديناً ليس عليه أو ليس عليه كله . ولهذا يسوغ له أن يرجع على المدين أو على شركائه في الدين ، بحسب الأحوال ، بما وفاه عنه أو عنهم ^(١) ، حتى لا يثروا على على حسابه بغير سبب . وفي ذلك تقضى المادة ١/٣٢٤ بأنه : « ١ - إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . »

وللموفي ، إن كان غير المدين ، أو كان شريكاً في الدين مع غيره ، أن يرجع على المدين أو على شركائه بما وفاه عنه أو عنهم ، على أساس دعوى

(١) وذلك ما لم يثبت أن الموفي قد أدى الدين عن المدين مجرداً عنه له .

شخصية تثبت له من تاريخ الوفاء ، اعتباراً بأنه دفع عنهم ديونهم للدائن وأبرأ بالتالي ذمهم في مواجهته . وتؤسس هذه الدعوى على الوكالة ، إذا كان الموفى وكيلًا في الوفاء عن المدين أو عن شركائه في الدين . كما أنها تؤسس على الفضالة ، إذا توافرت شروطها . فإن لم تتوافر الوكالة أو الفضالة ، أسست دعوى الموفى على الإثراء بلا سبب .

وإذا كان للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، إلا أنه يسوغ لهذا الأخير أن يمنع رجوع الموفى عليه بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا حصل الوفاء برغم إرادته ، وأثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء (المادة ٣٣٤/٢) ، كما إذا حصل الوفاء الذي اعترض عليه في وقت كان الدين يوشك فيه أن ينقضي بالتقادم ، بحيث أنه لو لم يقع ، لأمكن للمدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بالتقادم .

٢٦٩ - الوفاء مع الحلول

يترتب على الوفاء ، كما رأينا ، انقضاء الالتزام . وينتج الوفاء هذا الأثر ، بحسب الأصل ، حتى لو حصل من غير المدين أو حصل ممن يلتزم بالدين مع غيره . مع ثبوت الحق للموفى في أن يرجع على المدين أو على شركائه في الدين ، بحسب الأحوال ، بما وفاه عنه أو عنهم ، تطبيقاً لمبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب على حساب الغير .

ويند أن الوفاء الحاصل من غير المدين أو من الشريك في الدين ، لا يترتب عليه دائماً انقضاء الالتزام . فهناك حالات استثنائية يرى القانون فيها الموفى جديراً بحماية خاصة ، فيقضى بحلولة محل الدائن في حقه بقدر ما وفاه عن المدين أو عن شركائه في الدين ، وهذه هي حالات الوفاء مع الحلول .

وفي الوفاء مع الحلول ، لا ينقضي الالتزام في الحقيقة ، ولكن الموفى

يحل محل الدائن في حقه ، بقدر ما وفاه له منه . وهكذا يتشابه الوفاء مع الحلول في أثره مع حوالة الحق ، حيث ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له ؛ وإن كان هذا الشبه غير تام ، كما سبق لنا أن بيناه عند الكلام في حوالة الحق ، وكما سنبينه هنا بعد قليل .

ونتناول أحكام الوفاء مع الحلول ، عارضين حالاته وأثره ؛ وذلك فيما يلي :

٢٧٠ - ما يوت الوفاء مع الحلول

ينقسم الحلول الناشئ عن الوفاء ، بالنسبة إلى حالاته ، أو بالنسبة إلى المصدر الذي ينشئه ، إلى نوعين : فهو إما قانوني ، أى ينشأ بقوة القانون ، وإما اتفاقي ، أى ينشأ بمقتضى الاتفاق عليه . ونتناول هذين النوعين بالتفصيل .

٢٧١ - أورد : الحلول القانوني هو ذلك الذي يتم بمجرد الوفاء وبقوة القانون

الحلول القانوني هو ذلك الذي يتم بمجرد الوفاء وبقوة القانون ، أى بغیر حاجة إلى أى إجراء آخر ، فبمجرد أن يقع الوفاء ، يرى الموفى أن القانون قد أحله محل الدائن في حقه الذي وقع الوفاء به .

والحلول القانوني لا يكون إلا في الحالات الخاصة التي يجيزها القانون . وهي حالات يرى المشرع فيها أن للموفى مصلحة قوية تدفعه إلى الوفاء بالالتزام عن المدين . وقد تناولت المادة ٣٢٦ هذه الحالات ، وهي الآتية :

(١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه ، :
إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه ، حل بقوة القانون محل الدائن في حقه ، بمجرد الوفاء . وهذه هي أبرز حالات الحلول ، وأكثرها استناداً إلى المبرر والمسوغ . فالموفى هنا مجبر قانوناً على الوفاء بالدين ، لأنه ينتقل

ذمته ، وله أن يوفى به ، رغم إرادة الدائن والمدين . فإن فعل ، أحاطه القانون بالحماية ، عن طريق إحلاله محل الدائن في حقه .

والملزم بالدين مع المدين هو المدين المتضامن والمدين في دين لا يقبل الانقسام . وقد سبق لنا أن تعرضنا لهذين النوعين من المدينين ، ورأينا أن للدائن المتضامن أن يرجع على المتضامين معه بدعوى الحلول غل الدائن^(١) ، إلى جانب دعواه الشخصية . وللمدين في دين غير قابل للانقسام أن يحل أيضا محل الدائن ويرجع بدعواه على شركائه .

أما الملزم بالدين عن المدين ، فهو الكفيل ، شخصاً كان أم عينياً . فإذا دفع الكفيل الدين للدائن حل محله في حقه ، وساغ له أن يرجع بدعواه . (ب) إذا كان الموفى دائئاً ووفى دائئاً آخر مقدماً عليه بماله من تأمين ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين ، ومثال هذه الحالة ، أن يكون لأحد الدائنين رهن على مال من أموال المدين ، ثم يجيء دائئ آخر متأخر في المرتبة سواء أكان له بدوره رهن على نفس المال واسكنه في مرتبة تالية ، أو كان مجرد دائئ عادي ، ويوفى للدائن الأول حقه ، هنا يحل الدائن الموفى بقوة القانون محل الدائن المتقدم فيما كان له من حق .

وقد منح المشرع الحلول القانوني هنا لما قدره من أنه قد تكون للدائن المتأخر مصلحة في الوفاء للدائن المتقدم بدينه ، كما إذا أراد منعه من إجراء التنفيذ على المال المرهون في وقت غير مناسب ، إذا كان يؤمل في فرصة أخرى ، يرى أنه من الممكن أن يباع فيها المال بشمن أزيد يفيض على حق الدائن المتقدم بما يتيح له استيفاء حقه بدوره .

ويلزم ، لحصول الحلول القانوني هنا ، توافر الشرطين الآتيين :

١ - أن يحصل الوفاء من دائئ متأخر في المرتبة لدائن متقدم . فإن حصل

العكس، بأن وقع الوفاء من الدائن المتقدم إلى الدائن المتأخر، ثابت الحلول القانوني. ولا يلزم أن يكون للدائن المتأخر تأمين عيني على نفس الميال، ولكنه في مرتبة تالية، فالحلول يثبت له، ولو كان مجرداً عن كل تأمين، أي ولو كان دائئاً عادياً.

٢٠ - يجب أن يكون تقدم الدائن الموفى له ثابتاً بمقتضى تأمين عيني مقرر له، سواء أ كان هذا التأمين رهناً رسمياً أو حيازياً أو حق اختصاص أو حق امتياز. فإن لم يكن للموفى له تأمين عيني، ما ثبت الحلول القانوني للموفى، حتى لو كان من شأن السيد الطبيعي للأموال أن يستأثر الأول بمصلحة التنفيذ على مال المدين دون الثاني، كما إذا حالت ظروف الأخير دون المشاركة في إجراء التنفيذ، بسبب اقتران حقه بأجل لما يحل أو بسبب ثبوته في محرر عرفي لم يصدر به حكم قابل للتنفيذ بمقتضاه.

(ح) الوفاء الحاصل من انتقلت إليه ملكية عقار مثقل بتأمين عيني (رهناً) إذا كان للدائن تأمين عيني على عقار معين^(١)، سواء أ كان هذا التأمين رهناً رسمياً أو حيازياً أو حق اختصاص أو حق امتياز، ثم انتقلت ملكية هذا العقار إلى شخص آخر، وقام مكتسب الملكية بالوفاء بالدين، حل محل الدائن في حقه بقوة القانون. ويسمى مكتسب الملكية هنا حائز العقار^(٢).

وهكذا يثبت الحلول القانوني لحائز العقار المحمل بتأمين عيني، إذا دفع

(١) ولا يسرى هذا الحكم إلا بالنسبة إلى العقار. فهو لا يسرى بالنسبة إلى النقول. فمن يكتسب ملكية منقول مرهون أو مثقل بحق امتياز، لا يحل بمقتضى القانون محل الدائن، إذا دفع له دينه. ولا يكون له هذا الحلول، إلا إذا حصل الاتفاق عليه، على نحو ما سنبينه عند الكلام في الحلول الاتفاقية.

(٢) يلاحظ أن لفظ «الحائز» في لنة القانون معنيين أساسيين. فهو يطلق أولاً على من يرضع يده على الشيء بنية تملكه؛ وهذا هو المعنى المادى. وهو يطلق ثانياً على من تنتقل إليه ملكية عقار مثقل بتأمين عيني، كالرهن الرسمى وحق الاختصاص وحق الامتياز.

الدين لصاحب هذا التأمين . والحكمة من ثبوت الحلول القانوني للحائز واضحة . إذ أن له مصلحة ظاهرة في تخليص عقاره من التأمين الذي ينقله .

ويلاحظ أن المادة ٣٢٦ لم تحسن التعبير عن الحالة التي نحن بصدددها . فقد جاءت تقول أن الحلول القانوني يثبت : « (ج) إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم » . وظاهر هذا النص يؤدي إلى أن الحلول لا يكون إلا لمشتري العقار المحمل بالتأمين العيني ، بل إنه لا يكون لهذا المشتري ، إلا إذا كان قد دفع الدين المضمون بالتأمين من الثمن المستحق عليه للبائع . وهذا تخصيص بلاخص فالحلول يثبت لكل من يكتسب ملكية العقار المحمل بالتأمين العيني ، بشرط واحد ، هو ألا يكون ملتزماً شخصياً بالدين المضمون . وسواء بعد هذا أن يكون مكتسب الملكية ، أي حائز العقار ، قد اكتسبها بمقتضى عقد بيع أم بمقتضى عقد هبة أم حتى بالتقادم^(١) . وسواء أيضاً أن يكون حائز العقار قد دفع الدين من ثمنه ، أم دفعه بعد أن يكون قد وفى الثمن للبائع ؛ بل إن الحلول يثبت للحائز ، حتى لو كان الدائن قد نفذ على العقار بين يديه واستوفى دينه من ثمنه بعد بيعه عليه . وقد حرص المشرع ، في باب الرهن الرسمي ، على أن يقرر الحلول محل الدائن للحائز عموماً ، أي لكل من يكتسب ملكية عقار مثقل بالرهن (أنظر المادتين ١٠٦١ و ١٠٨٠/٢) .

لذلك (د) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول ، : ففي غير الحالات الثلاث السابقة ، يثبت الحلول للموفى ، إذا وجد ثمة نص خاص يقرره له . ومثال ذلك نص المادة ١٥٨ تجارى التي تمنح الحلول محل حامل الكبيالة لمن يدفع قيمتها بطريق التوسط . ومثال ذلك أيضاً نص المادة ٧٧١ مدنى ، وهو يمنح المؤمن ضد الحريق الحلول القانوني محل المؤمن له في حقوة

(١) أنظر مؤلفنا : التأمينات الضمنية والبيئية ، نبذة ٣٠٠ . وأنظر فيما يوحى بمحكم عكسى : نقض ٨ مارس سنة ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض س ٧ من ٣٠١ .

قبل المتسبب في الحريق ، ما لم يكن هذا المتسبب قريباً أو صهر للمؤمن له
من يعيشون معه في عيشة واحدة أو كان من يسأل المؤمن له عن أفعاله مديناً .

٢٧٢ - ثانياً : الحلول الاتفاقية

بيننا فيما سبق الحالات التي ثبتت فيها الحلول القانونية . وفي غير هذه
الحالات ، لا يكون للموفي حق الحلول محل الدائن ، إلا إذا اتفق عليه في
الحالات وبالشروط التي يقرها القانون . وهذا هو الحلول الاتفاقية .

والحلول الاتفاقية يكون في حالتين فرعيتين : فهو إما أن يجيء نتيجة
الاتفاق عليه بين الموفي وبين الدائن ، وإما أن يجيء نتيجة الاتفاق عليه بين
الموفي وبين المدين .

وتناول هاتين الحالتين من الحلول الاتفاقية على التوالي ؛ وذلك فيما يلي :

٢٧٣ - (١) الحلول الناشئة من الاتفاقية بين الموفي والدائن

يسوغ للدائن عند استيفائه حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير
على أن يحله محله في حقوقه . وفي ذلك تقضى المادة ٣٧٧ بأنه : « للدائن الذي
استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحله محله . ولو لم
يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء » .

فالحلول هنا يجيء نتيجة الاتفاق عليه بين الموفي وبين الدائن (١) .

أما المدين فهو أجنبي عن هذا الاتفاق ، ومن ثم فلا يلزم رضائه لانعقاده ؛
بل إنه يسوغ وقوعه برغم إرادته .

ويلزم ، لكي ينتج الاتفاق على إحلال الموفي محل الدائن في حقوقه

(١) والدائن بطبيعة الحال كامل الحرية في أن يرضى حلول الموفي محله أو لا يرضى . فهو
ليس مجبراً على إحلال الموفي محله في حقه . وكذلك لا يوجد ثمة مانع من أن يقصر الدائن
حلول الموفي محله على بعض حقوقه دون البعض الآخر ، كما إذا ارتضى إحلاله محله في الرهن الضامن
لحقه دون السكفالة . لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .

أثره ، ألا يتأخر إبرامه عن تاريخ الوفاء . لأنه إذا حصل الوفاء بالفعل ،
ثم تلاه الاتفاق على الحلول ، ورد هذا الاتفاق على حقه يكون قد انقضى
من قبله ، ومن ثم ورد على غير ذي موضوع . وسيان بعد ذلك أن يجي
الاتفاق على الحلول قبل الوفاء ، أم معاصراً له . وغنى عن البيان أن الاتفاق
على الحلول يجب أن يشفع بالوفاء .

ولا يلزم أى شكل خاص للاتفاق على الحلول . وهو يخضع في إثباته
للقواعد العامة . وإنما يلزم أن يكون ثابت التاريخ ، للاحتجاج به ضد
الغير ^(١) . أما في مواجهة المدين وورثته ، فلا يلزم أن يكون الاتفاق
ثابت التاريخ .

٣٧٤ - (ب) الحلول الناشئ من الاتفاق بين المولى والمدين

يسوغ للمدين بشروط خاصة أن يحل غيره محل دائنه ، ولو بغير رغبة
هذا الدائن . ويحصل ذلك إذا اقترض من الغير مالا ، ثم أوفى بهذا المال
الدين الذي عليه . في هذه الحالة يجوز ، بالاتفاق بين المدين وبين من اقترضه
المال ، على إحلال هذا الأخير محل الدائن في حقه . وإنما يلزم هنا ، منعاً
لضروب الغش والتحايل إضراراً بحقوق الغير ، أن يذكر في عقد القرض
أن المال المقرض قد خصص للوفاء بالدين ، وأن يذكر في المخالصة التي تعطى
من الدائن الأصلي أن الوفاء قد حصل من المال الذي اقترضه الدائن الجديد
للمدين . وفي هذا تقضى المادة ٣٢٨ بأنه : « يجوز أيضاً للمدين إذا اقترض
مالاً وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، ولو بغير
رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء
وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي اقترضه الدائن الجديد » .

(١) وإذا كان من بين الحقوق التي يحل المولى محل الدائن فيها تأمين عقارى ، كرهن أو
اختصاص ، وجب التأخير بالحلول في هامش الفيد ، حتى يمتنع به في مواجهة الغير .

٢٧٥ - أثر الوفاء مع الحلول

يترتب على الحلول ، قانونياً كأن أم اتفاقياً ، حلول الموفى محل الدائن في ذات حقه ، بما يتمتع به من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، وذلك كله بقدر ما دفعه الموفى . وفي ذلك تقضى المادة ٣٢٩ بأنه : « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » .

فالوفاء مع الحلول لا يترتب عليه انقضاء الدين في الحقيقة . ولكنه يؤدي إلى انتقاله من الدائن القديم إلى الموفى (١) كصفة الدائن تزول عن الأول ، لتنتقل إلى الثانى . والوفاء مع الحلول هذه الماثلة بتشابه مع حواله الحق إلى حد كبير ، وإن كان الشبه غير تام على نحو ما سبق لنا سانه (٢) .

ونكرر أن الموفى محل محل الدائن في ذات الحق الذى كان له . فهو لا يثبت له حق جديد يقوم مقام حق قديم قد زال . وبهذا يتميز الحلول عن التجديد .

وينتقل الحق إلى الموفى بذات صفاته وخصائصه التى كان يتمتع بها . فإن كان مدنياً أو تجارياً ، ثابتاً فى محرر رسمى أو عرفى أو بمقتضى حكم ، منجزاً أو مقترناً بأجل ، باتاً أم معلقاً على شرط ، ينقضى بالتقادم بمدة أو بأخرى ؛ أيا كانت الصفة التى يتمتع بها الحق ، وهو ثابت للدائن القديم ، يظل محتفظاً بها بعد انتقاله إلى الموفى .

(١) يرى كثير من الفقهاء أن الوفاء مع الحلول ينطوى على عملية مركبة . فهو ، بالنسبة إلى الدائن ، وفاء يترتب عليه انقضاء الالتزام . وهو بالنسبة إلى الموفى والدين ، سبب يؤدي إلى انتقال الالتزام . انظر فى هذا المعنى : السهوى ، الوسيط ج ٣ نبذة ٤٠٥ - إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام نبذة ٢٥٤ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢١٨ .

وينتقل الحق أيضا بتوابعه وملحقاته . فإن كان يغل فائده ، ظل يغلها وينفس السعر بعد انتقاله إلى الموفى . وكذلك تنتقل معه الفوائد التي سبق حلولها ، ما دام الدائن القديم لم يستوفها من قبل .

ويحتفظ الحق بعد انتقاله إلى الموفى بجميع تأميناته ، عينية كانت أم شخصية ، وسواء أكانت مقدمة من المدين أم من غيره .

وينتقل الحق في النهاية مهدداً بالدفع التي كانت ترد عليه وهو ثابت للدائن الأصلي . فيجوز للمدين أن يتمسك في مواجهه الموفى الذي حل محل الدائن بالدفع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة هذا الأخير ، كالدفء بإبطال العقد لنقص الأهلية أو بعبب يشوب الرضا ، وكالدفء بعدم تحقق الشرط الواقف الذي علق الالتزام عليه أو بتحقيق الشرط الفاسخ .

خلاصة كل ما سبق أنه ، بمقتضى الحلول ، يثبت للموفى نفس حق الدائن بصفاته وتوابعه وضماناته ودفعه . على أن انتقال حق الدائن ، إلى الموفى على هذا النحو لا يكون إلا بقدر ما أداه فعلاً . فإن كان الدين ، مثلاً ، مائة جنيه ، ودفع الموفى خمسين فقط ، ما انتقل إليه الحق إلا بقدر ما دفعه ، حتى لو كان بهذا الوفاء الجزئي قد استحصل على إبراء ذمة المدين من الباقي . فالمدين هنا هو الذي يقدر من الإبراء دون الموفى . وفي هذا يختلف الحلول عن حوالة الحق التي ترتب عليها ، بحسب الأصل ، انتقال الحق بكل قيمته إلى المحال له ، بغض النظر عن قيمة المقابل الذي دفعه للمحل .

٢٧٦ - الحلول الناقص

أما الأصل في الحلول أن يكون كاملاً ، بمعنى أن الموفى يحل محل الدائن في ذات حقه وبصفاته وتوابعه وتأميناته . ولكن هذا الأصل لا يسري على إطلاقه . فهناك حالات يكون الحلول فيها ناقصاً ، بمعنى أن حق الموفى يكون أقل من ذلك الذي كان ثابتاً للدائن القديم ، في ناحية أو في أخرى . وهذه الحالات ثلاثة أساسية ، وهي الآتية :

(١) الوفاء الجزئي : إذا لم يؤد الموفى للدائن إلا بعض الدين ، ما كان له أن يحل محله إلا بقدر ما دفعه . وهكذا يكون الحلول هنا ناقصاً في مداه .

ولا يقتصر الأمر على ذلك ، بل إن الحلول هنا تمثل ناقصاً من وجه آخر ، في الحالة التي يظل فيها باقى الدين مستحقاً للدائن الأصلي . فإذا كان الموفى يحل محل الدائن بقدر الجزء الذى وقاه ، إلا أنه لا يسوغ له أن يتمسك بهذا الحلول لضرراً بالدائن . فهذا الأخير يتقدم على الموفى فى استيفاء الباقي له من الدين ، ما لم يتفق على خلافه . وفى ذلك تقضى المادة ٣٣٠/١ بأنه : « إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وقاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ومثال الحالة التى نحن بصددنا أن يكون هناك دين مقداره ١٠٠ جنيه مضموناً برهن ، ويدفع شخص غير المدين من يثبت لهم حق الحلول خمسين جنيهاً للدائن ، هنا يحل الموفى محل الدائن فى حقه بقدر مادمعه ، أى فى حدود خمسين جنيهاً ، ومن شأن هذا الحلول أن يفيد من الرهن ، وكان الأصل أن يفيد منه على قدم المساواة مع الدائن ، بحيث يوزع ثمن المرهون عليهما قسمة غرماء بنسبة دين كل منهما ؛ ولكن القانون خرج على هذا الأصل ، مقررأً أفضلية الدائن على الموفى فى استيفاء ما بقى له من دينه ؛ فإذا بيع المرهون بثأين جنيهاً ، أخذ الدائن باقى المستحق له أولاً ، أى خمسين جنيهاً ، ولا يتال الموفى إلا ما يتبقى ، أى ثلاثين جنيهاً .

ولا تثبت الأفضلية على الموفى بجزء من الدين بالنسبة إلى الجزء الآخر ، إلا طالما بقى هذا الجزء الآخر للدائن . فإذا جاء شخص آخر ودفع للدائن الجزء المتبقى من دينه ، وحل محله بالنسبة إليه ، زالت الأفضلية التى كانت ثابتة من قبل للدائن ، وتساوى من حل محل الدائن أولاً مع من حل محله أخيراً ، بحيث أنهما يخضعان لقسمة الغرماء (المادة ٣٣٠/٢) . ويسرى هذا الحكم ، حتى لو اتفق الدائن مع من حل محله فى الجزء الأخير من حقه على منحه الأولوية على من دفع الجزء الأول إذ هذا الاتفاق لا يسرى على هذا الأخير ما لم يقره ، لكونه أجنبياً عنه .

(ب) الوفاء الحاصل من الملتزم بالدين مع غيره : الحلول القانوني يثبت ، كما رأينا ، للملتزم بالدين مع غيره ، إذا وفاه للدائن (المادة ١٣٦٦) . وهذه هي حالة المدين المتضامن والمدين مع غيره في دين لا يقبل الانقسام . والحلول هنا ناقص . إذ أنه لا يثبت للبوي كل ما كان للدائن من حق ، حتى لو دفعه له بتمامه . فهو يحل محل الدائن في هذا الحق ، بعد خصم حصته منه . بل إنه لا يحل محل الدائن ، بالنسبة إلى الباقي بعد خصم حصته ، إلا باعتباره منقسماً على شركائه في الدين بقدر حصة كل واحد منهم فيه ، مع نصيبه في حصة المعسر إن وجد . وهكذا ينتهي الأمر ، كما سبق أن بيناه في حينه ، إلى أن المدين المتضامن والمدين مع غيره في دين لا يقبل الانقسام ، لا يرجع على كل من شركائه ، إلا بقدر حصته وبنصيبه من حصة المعسر ، إن وجد ، حتى لو كان رجوعه بدعوى الحلول محل الدائن .

(ج) الوفاء الحاصل من الحائز : إذا وقع الوفاء من حائز العقار المهرهون ، حل محل الدائن في حقه بقوة القانون ، كما بينا . وحلول الحائز محل الدائن ناقص من الوجهين الآتيين :

١ - إذا تعدد الحائزون للعقارات الضامنة للدين ، فلا يكون لمن يوفيه منهم أن يرجع على غيره بكل حق الدائن ، وإنما يرجع عليه فقط بنسبة قيمة عقاره إلى قيم باقي العقارات المملوكة للحائزين الآخرين ، ومن بينها العقار المملوك له شخصياً (المادة ٣٣١) . فإذا رهننت عشرة أفدنة ، مثلاً ، ضمناً لدين قدره ١٠٠٠ جنيه ، ثم اشترى (١) أربعة أفدنة ، واشترى (ب) الستة الأفدنة الباقية ، وقام (١) بالوفاء بالدين كله ، ما حق له أن يتفد على عقار (ب) إلا بمبلغ ٦٠٠ جنيه .

هكذا يبين أن الحائز ، وإن كان له حق الحلول محل الدائن الذي وفاه دونه ، إلا أنه لا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على غيره من الحائزين

إلا بنسبة أنصباهم . وبذلك يتشابه رجوع الحازنين فيما بينهم مع رجوع المدينين المتضامين فيما بينهم^(١) .

٢ - لا يكون للحازن الذي يوفي الدين ، رغم حوله محل الدائن فيه ، أن يرجع على من كفله ، سواء أ كانت كفالته شخصية أم عينة^(٢) . وقد نض من القانون هذا الحكم في المادتين ١٠٦١ و ٢/١٠٨٠ منه .

٢٧٧ - الحلول لا يحرم الموفى من دعواه الشخصية

تناولنا فيما سبق الوفاء مع الحلول مبينين حالاته وأثره . والحلول ، سواء أ كان قانوناً أم اتفاقاً ، لا يحرم الموفى من حقه في رجوعه على المدين بدعواه الشخصية . فالأصل أن اللوفى ، إذا كان غير المدين ، أن يرجع على هذا الأخير بمقتضى حق ثابت له شخصياً قبله ، باعتبار أنه أدى ديناً عليه وأبرأ ذمته منه : وثبت له هذا الحق في جميع الأحوال . وإلى جانب الدعوى الشخصية ، ثبت للوفى ، في حالات معينة حددناها ، حق الحلول محل الدائن ، الأمر الذى يخوله الرجوع على المدين بنفس الدعوى التى كانت للدائن : أو دعوى الحلول ، كما تسمى .

وهكذا فإن ثبت للوفى حق الحلول محل الدائن وأمكنه بالتالى أن يرجع بدعوى الحلول ، فإن هذا لا يحرمه من حقه الأصلى فى الرجوع على المدين بدعواه الشخصية . ويكون هنا للوفى أن يلجأ إلى هذه الدعوى أو تلك على هدى مصلحته . ولكنه لا يسوغ له أن يجمع بينهما ، بحيث يأخذ من كل منهما ما يروقه ، وي طرح ما لا يعجبه . لأن التمسك بإحدهما يتنافى مع التمسك بالآخرى . ففوضى الالتجاء إلى دعوى الحلول أن الموفى يعتبر الدين قائماً لم

(١) راجع مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، بنذة ٣٦٢ .

(٢) أنظر ، في تبرير هذا الحكم ، مؤلفنا السابقة الإشارة الى ، بنذة ٣٦٣ .

ينقض وأنه حل فيه محل الدائن ، في حين أن التمسك بالدعوى الشخصية يفيد أن الموفى يعتبر دين المدين قد انقضى ، ويريد الرجوع عليه بما دفعه عنه ، اعتباراً بأنه أبرأ ذمته من الدين الذي كان عليه .

يخلص مما سبق أنه في الحالات التي ثبت فيها للموفى حق الحلول محل الدائن ، يكون له الخيار بين أن يرجع على المدين بدعواه الشخصية التي تؤسس على الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال ، وبين أن يرجع عليه بدعوى الدائن أو دعوى الحلول . وفي بعض الأحيان تكون دعوى الحلول أكثر فائدة ، ويظهر ذلك على وجه الخصوص إذا كان الدين الذي حصل الوفاء به مضموناً بالتأمينات ، كرهن أو كفالة . وفي بعض الأحيان الأخرى ، تكون الدعوى الشخصية أكثر فائدة للموفى ، كما إذا كان الدين الموفى به لا يغل فائدة ، وكان الموفى وكيلًا أو فضوليًا في وفائه بالدين ، إذ أن دعوى الحلول هنا لا تمنح الموفى فائدة ، في حين أن الدعوى الشخصية تمنحه الفائدة القانونية من تاريخ الوفاء .

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٢٧٨ — تكلمنا فيما سبق في الوفاء ، ورأينا أنه السبب الطبيعي لانقضاء الالتزام . وهناك أسباب أخرى تعادل الوفاء وتؤدي بدورها إلى انقضاء الالتزام . وترجع معادلة هذه الأسباب الأخرى للوفاء إلى كونها تؤدي إلى نفع الدائن بما يوازي دينه أو يقرب منه . ويحصل هذا النفع للدائن ، إما عن طريق انقضائه شيئاً آخر بدلاً من حقه ، وهذه هي حالة الوفاء بمقابل ، وإما عن طريق ثبوت حق آخر للدائن مكان حقه القديم الذي ينقضي ، وهذه هي حالة التجديد ، وإما عن طريق براءة ذمة الدائن من دين عليه في مقابل انقضاء الحق الذي له ، وهذه هي حالة المقاصة واتحاد الذمة .

هكذا يبين أن أسباب انقضاء الالتزام التي تعادل الوفاء هي الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . وتتناول كلا من هذه الأسباب في بحث مستقل .

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

٢٧٩ — يحصل الوفاء العادي بأداء نفس الشيء المستحق على المدين وقد سبق لنا أن رأينا أنه يسوغ للدائن أن يرفض الوفاء ، إذا ورد على شيء آخر غير المستحق له ، حتى لو كان هذا الشيء موازياً في قيمته أو أكثر قيمة ولكن إذا ارتضى الدائن الوفاء بغير المستحق له ، انقضى الالتزام . بيد أن انقضاء الالتزام لا يحصل هنا بالوفاء العادي ، وإنما يحصل بسبب آخر ، هو الوفاء بمقابل .

هكذا بين أن الوفاء بمقابل datation en paiement أو الاعراض ، كما يسمى في بعض الأحيان ، هو إعطاء الدائن شيئاً آخر يرتضيه ، بدلا من الشيء المستحق له . ويقوم الوفاء بمقابل مقام الوفاء العادي ، من حيث أنه يترتب عليه انقضاء الالتزام . وفي ذلك تقضى المادة ٣٥٠ بأنه : « إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء » .

والوفاء بمقابل شائع في العمل . وهو يحصل في الغالب بقيام المدين ، في التزام بدفع مبلغ من النقود ، بإعطاء الدائن شيئاً آخر ، كحصان أو كمية محددة من القمح أو القطن ، بدلا من مبلغ من النقود الذي كان ملتزما به في الأصل . على أن هذه الصورة ، وإن كانت هي الغالبة في العمل ، إلا أنها ليست الوحيدة . فيصح الوفاء بمقابل قضاء للالتزامات التي يكون موضوعها شيء آخر غير النقود ، كما إذا اتفق على أنه يعطى المدين الدائن كمية من القمح بدلا من كمية القطن التي كان ملتزما بها في الأصل ، أو يعطيه بقرة أو مبلغا نقديا بدلا من حصان . بل لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقبض الوفاء بمقابل عن طريق قيام المدين بحالة حق له على آخر في مقابل الوفاء بحق الدائن عليه .

٢٨٠ — شروط الوفاء بمقابل

لكي يقوم الوفاء بمقابل ، يلزم توافر الشرطين الآتين :

١ — مجب الاتفاق بين الدائن والمدين على الاستعاضة عن محل الالتزام ^{بشيء آخر} . والوفاء بمقابل لا يكون بغير رضا الدائن والمدين كليهما . ويجب أن يكون هذا الاتفاق صحيحا وفقا للقواعد العامة . ويلزم في هذا الاتفاق أن يحى بعد نشأة الالتزام . لأنه إذا اتفق ، عند نشأة الالتزام ، على إمكان الاستعاضة في وقته بشيء عن آخر ، قام الالتزام من الأصل بتخييريا أو بدليا على حسب الأحوال ، فإذا جاء المدين ونفذ هذا الاتفاق ، اعتبر أنه وفى الالتزام وفاء عاديا بأداء ذات موضوعه ، ولا يكون ثمة وفاء بمقابل .

٢ — يلزم أن يؤدي المدين للدائن المقابل المتفق عليه فور الاتفاق على ^{المدة} الاستعاضة به عن موضوع الالتزام الأصلي . فلا يكفي أن يلتزم المدين ^{بأداء} بأداء هذا المقابل في المستقبل . لأنه في هذه الحالة الأخيرة ، لا نكون بصدد ^{وفاء} وفاء بمقابل . ولكن بصدد تجديد الالتزام الأصلي بالتزام آخر يختلف عنه ^{الموضوع} في موضوعه .

٢٨١ — تكيف الوفاء بمقابل

ثار الخلاف حول تكيف الوفاء بمقابل ، وتعددت بصده الآراء . والرأى السائد في الفقه ، يسير على أن الوفاء بمقابل نظام مركب يقوم على ^{عمليتين} عمليتين قانونيتين تحصلان في نفس الوقت . فهو ينطوي أولاً على تجديد الالتزام بآخر يحل محله ، ويكون موضوعه هو المقابل المتفق عليه . ثم الوفاء بالالتزام الجديد فور الوقت فإذا ألزم المدين ، مثلاً ، بأن يدفع للدائن ١٠٠٠ جنيه . ثم قبل الدائن ، استيفاء لحقه ، سيارة بدلاً من المبلغ المستحق له ، فإن ذلك ينطوي على الاتفاق على تجديد الالتزام بدفع مبلغ الألف جنيه بآخر يحل محله موضوعه هو السيارة ، ثم ينقضي هذا الالتزام الجديد فور نشوئه عن طريق الوفاء العادي ، أي الوفاء بنفس المستحق .

٢٨٢ — آثار الوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل ينتج أثراً مزدوجاً . فهو يؤدي ، من ناحية أولى ، إلى انتقال ملكية المقابل من المدين إلى الدائن . وهو من هذا الوجه ، يتشابه إلى حد كبير مع البيع . فكأن المدين هنا يبيع المقابل إلى دائئه ، نظير انقضاء الدين الذي عليه . والفارق الوحيد بين الوفاء بمقابل والبيع الحقيقي ينحصر في أن الأخير يقوم بالضرورة على بمن نقدي (المادة ٤١٨) ، في حين أن القائمة التي تعود ، في الوفاء بمقابل ، على المدين من إعطائه الشيء للدائن هي تخلصه من الدين . وهذا الفارق لا يقدح في اتفاق النظامين في الأساس الذي يقومان عليه ، وهو نقل ملكية شيء نظير عوض يعطى . من أجل ذلك جاءت المادة

٣٥١ تقضى ، فى شرطها الأول ، بأنه : « تسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية »
 وهكذا نخلص إلى أن الأثر الأول للوفاء بمقابل هو نقل ملكية الشيء للمدين الذى يعطى فى مقابلة الدين من المدين إلى الدائن ، وإلى أنه تسرى عليه ، فى هذا إنتاج هذا الأثر ، أحكام البيع . فالأهلية اللازمة لصحة الوفاء بمقابل ، هى نفس الأهلية اللازمة لصحة البيع ، وليست تلك التى تكفى للوفاء بالدين ، وذلك بالنسبة إلى الدائن والمدين على السواء . وإذا استحق المقابل للغير أو ظهر فيه عيب خفى ، حق للدائن أن يرجع على المدين بما يرجع به البائع على المشتري ، أى يرجع عليه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيوب الخفية ، على حسب الأحوال (١).

والأثر الثانى للوفاء بمقابل هو انقضاء الالتزام الذى أعطى المقابل وفاء له . وهو فى إنتاجه هذا الأثر الثانى ، يخضع لأحكام الوفاء العادى وقد تضمنت المادة ٣٥١ فى شرطها الأخير . هذا الحكم بقولها : « ... ويسرى عليه (على الوفاء بمقابل) من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتأمين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » .

فإن ترتب الوفاء بمقابل ، من ناحية أولى ، انتقال ملكية المقابل من المدين للدائن ، فهو من ناحية ثانية ، يؤدى إلى انقضاء الالتزام الذى يعطى المقابل وفاء له . وهو فى إنتاجه هذا الأثر الأخير ، يخضع لأحكام الوفاء

(١) وإذا كانت المادة ٣٥١ لم تذكر من أحكام البيع التى تسرى على الوفاء بمقابل إلا ما تعلق منها بالأهلية وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، فإنها لم تلجأ إلى ذلك البيان إلا على سبيل المثال لا الحصر . وعلى ذلك فأحكام البيع الأخرى تسرى بدورها على الوفاء بمقابل ، فيما يقرب عليه من انتقال ملكية الشيء الذى يعطى فى مقابلة الدين . فإذا اتفق ، مثلا ، على التزام الدائن بدفع مبلغ من القود كتمل ، إلى جانب انقضاء الحق الذى له ، كان هذا المبلغ مضمونا بامتياز البائع على العصى القديم كمقابل للوفاء . أنظر فى هذا المعنى : مؤلفتنا التأمينات الشخصية والعينية ، بنسبة ٦٢٠ ، ٦٣٢ .

العادي . ومن أهم تلك الأحكام ، كما يقول المادة ٣٥١ ، ما تعلق بتعيين جهة الدفع ، أى تحديد الدين الذى ينقضى من بين الديون المتعددة ، وما تعلق باقتضاء التأمينات التى كانت تضمن الدين الذى قلم المقابل عنه .

فإذا تعددت الديون بين الدائن والمدين ، وأعطى هذا الأخير شيئاً فى مقابل الوفاء ، دون أن يتفق مع الدائن على تحديد الدين الذى ينقضى ، اتسع نفس الترتيب الذى بيناه فى الوفاء العادى ، عند الكلام فى خصم المدفوعات عند تعدد الديون ^(١) .

ويرتب على الوفاء بمقابل اقتضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين ، شأنه فى هذا شأن الوفاء العادى . كل ما هنالك من خلاف بين النظامين فى هذا الصدد ، أن التأمينات التى كانت تضمن الدين ، فى حالة الوفاء بمقابل ، تنقضى ، حتى لو استحق المقابل للغير ، فى حين أن هذه التأمينات لا تنقضى فى حالة الوفاء العادى ، إذا ثبت أن الموفى وفى الدين بشئ لا يملكه . فمن شروط الوفاء العادى ، كما سبق أن بينا ^(٢) ، أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى يوفى به (المادة ٣٢٥/١) ؛ فإن حصل الوفاء بشئ لا يملكه الموفى ، كان للدائن أن يطلب إبطال الوفاء ، وهنا يعتبر الدين قائماً لم ينقضى ، وتستمر التأمينات التى تضمنه . أما فى الوفاء بمقابل ، فالحكم يختلف . إذ أن التأمينات تنقضى فيه ، حتى لو ظهر فيما بعد أن المقابل كان مملوكاً للغير . وقد صرح المشرع بهذا الحكم بالنسبة إلى الكفالة ، وذلك فى المادة ٧٨٣ التى تنص بانه : « إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء » . ويميل إلى رأى السائد فى الفقه إلى تعميم هذا الحكم على غير الكفالة من التأمينات كالأمر المقدم من المدين نفسه ^(٣) .

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٥٧ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٥٢ .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للصروح التمهيدى لقانوننا ما يؤيد هذا رأى . فقد جاء فيها أنه يترتب على الوفاء بمقابل اخفاء الدين وما يقبضه من المدفوعات (كالتأمينات مثلا) ولو استحق الموفى ٢٢ . راجع الأمل التوضيحية ج ٣ ص ٢٣٧ .

المبحث الثاني

التجديد والإبادة

٢٨٣ - التجديد novation هو اتفاق بمقتضاه يستبدل دين قائم بنقض دين جديد ينشأ ليحل محله . وهكذا يترتب على التجديد أثر مزدوج . فهو ، من ناحية ، ينهى الالتزام القديم . وهو ، من ناحية أخرى ، ينشأ التزاماً جديداً ، ليحل محل الالتزام القديم المنقضي . ومن هنا يظهر أن التجديد سبب لانقضاء الالتزام وسبب لنشأته في آن واحد . هو يقضي التزاماً عن طريق نشأة آخر يحل محله . ومثال التجديد أن يكون هناك التزام بدفع مبلغ من النقود ، ويتفق الدائن والمدين على أن يستبدل بهذا الالتزام دين آخر يكون موضوعه إعطاء سيارة أو أرض أو منزل .

وقد كان للتجديد دور هام في القانون الروماني ، بسبب عدم إجازته لحالة الحق وحالة المدين . فكان يلجأ إليه تحت ظله ، كلما أريد تغيير الدائن أو المدين . ولأزال للتجديد دور هام في القانون الفرنسي وغيره من الشرائع اللاتينية النزعة التي لا تميز حالة الدين . أما في التقنينات الجرمانية الرعة ، فقد قلت أهمية التجديد إلى حد كبير ، بسبب إجازتها لحالة الحق وحالة الدين ، إلى حد أن معظم هذه التقنينات قد أهملت التجديد إهمالاً تاماً . ورغم أن قانوننا المصري الحالي يقر حالة الحق وحالة الدين ، فقد اعترف بالتجديد ، حتى في الصورة التي يترتب عليه فيها تغيير الدائن أو المدين . وكان الأولى به ألا يبقى عليه في هاتين صورتين ، لما لحالة الحق وحالة الدين من ميزة ظاهرة عليه في نطاقهما ، ويقصره على الحالة التي يترتب فيها عليه تغيير ذات الدين .

وستكلم في شروط التجديد ، ثم نبين كيفية حصوله ، ومحدد في النهاية أثره .

٢٨٤ - شروط التجديد

يلزم ، لوقوع التجديد ، توافر الشروط الأربعة الآتية :

- ١ - وجود التزام قائم : يستهدف التجديد ، كما بينا ، قضاء التزام معين عن طريق إنشاء آخر يحل محله . فلا بد إذاً من أن يكون ثمة التزام قائم يراد قضاؤه بالتجديد . فإن لم يكن هناك أى التزام ، وإنما خيل لذوى الشأن وجوده ، وقع التجديد على غير ذى موضوع ، فلا يقوم . ويسرى نفس الحكم ، لو أن العقد الذى ولد الالتزام كان باطلاً بطلاناً مطلقاً (المادة ١/٣٥٣) . أما إذا كان هذا العقد قابلاً للإبطال ، بسبب نقص الأهلية أو تعيب الإرادة ، مثلاً ، فإن الالتزام ينشأ عنه مهدداً بالزوال ، وهنا يقع التجديد ويبقى مصيره متعلقاً بمصير الالتزام المجدد ؛ فإن أبطل العقد وزال الالتزام المترتب عنه ، اعتبر التجديد كأن لم يكن أصلاً ، لما للإبطال من أثر رجعى . على أن التجديد هنا قد ينطوى على إجازة ضمنية للعقد . ويحصل ذلك إذا ارتضاه الطرف الذى كان الإبطال مقرراً لصالحه رضاه صحيحاً ومثال هذه الحالة ، أن يقترض قاصر مبلغاً من المال ، ثم يتفق بعد بلوغه سن الرشد مع الدائن على تجديد الدين الناشئ عن القرض بآخر ؛ هنا ينطوى التجديد على إجازة ضمنية للقرض ؛ وبالتالي يصبح الالتزام المترتب عنه صحيحاً نهائياً ، فيصح الاتفاق على تجديده . وقد عبرت المادة ٢/٣٥٣ عن حكم تجديد الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال بقولها : « ٢ - أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالتجديد إجازة العقد وأن يحل محله » . وعبارة هذا النص تنقسم بشيء من الغموض وعدم الدقة . وإنما المعنى الذى استهدفت هو ذاك الذى بيناه .

- ٢ - الاتفاق على إنشاء التزام جديد : يلزم ، لقيام التجديد ، الاتفاق على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم الذى ينقضى . فالدائن

في الالتزام القائم لا يوافق على انقضائه ، إلا على أساس نشأة التزام جديد لصالحه . فإذا لم ينشأ هذا الالتزام الجديد ، بسبب بطلان العقد الذي ولده ، فإن التجديد لا يقع ، ويظل الالتزام القديم قائماً (المادة ١/٣٥٣) . أما إذا كان العقد الذي أنشأ الالتزام الجديد قابلاً للإبطال ، فإن التجديد يقع ، ولكن مصيره يتعلق بمصير هذا الالتزام ؛ فإن قضي بالإبطال ، اعتبر الاتفاق على التجديد كأن لم يكن ، واستمر الالتزام القديم قائماً .

٣ - مغايرة الالتزام الجديد للالتزام القديم : رأينا فيما سبق أنه يلزم ، لوقوع التجديد ، أن يكون هناك التزام قائم يُراد بالتجديد انقضاؤه ، وأن يتفق على إنشاء التزام جديد يحل محل القديم . ويلزم بداهة أن يكون هذان التزامان مختلفين . ومتغايرين أحدهما عن الآخر . فإن لم يقع هذا الاختلاف أو التغاير ، فلا تجديد . إذ أن الأمر هنا لا يبدو مجرد الاعتراف بالالتزام القائم أو إقرار وجوده .

٤ - ومغايرة الالتزام الجديد للقديم تحصل في إحدى صور ثلاث : فإما أن يقع التغيير بالنسبة إلى ذات الدين ، أو بالنسبة إلى المدين ، أو بالنسبة إلى الدائن .

٥ - بمغايرة التجديد بتغيير الدين ، يحصل إذا كان الالتزام الجديد مخالفاً للقديم في محله أو في مصدره أو في أي شيء آخر جوهري . ومثال الاختلاف في المحل ، أن يكون ثمة التزام بدفع مبلغ من النقود ، ثم يتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا به التزاماً آخر يكون محله نقل ملكية منزل أو أرض أو سيارة (١) أو تشييد دار أو القيام بأي عمل آخر . ومثال الاختلاف في المصدر ، أن يتفق البائع والمشتري على انقضاء حق الأخير بالنسبة إلى الثمن مقابل التزام البائع بالمبلغ كمقترض إياه ؛ فهنا تغيير مصدر الدين ، فيعد أن كان ناشئاً من البيع ، أصبح ناشئاً من القرض .

(١) ويلزم هنا ألا يحصل الوفاء بالالتزام الجديد فور الاتفاق على التجديد ، وإلا كنا بصدد وفاء بمقابل

أما التجديد بتغيير المدين ، فيحصل إذا تحمل بالدين الجديد مدين آخر غير ذلك الذي كان الالتزام القديم بثقله . ومثال هذه الصورة أن يأتي المدين في التزام قائم بشخص يقبل أن يتحمل بالالتزام جديد ، على أن يتحلل هو نفسه من التزامه ، ويوافق الدائن على ذلك . ويلاحظ أنه من الممكن الحصول على تغيير المدين عن طريق آخر ، هو طريق حوالة الدين . وهذا الطريق الأخير أسلس وأكثر اتفاقاً مع مقتضيات الحال . لأنه يقترب عليه انتقال الدين بذاته إلى المدين الجديد ، في حين أن التجديد ينهى الالتزام القديم وينشئ التزاماً آخر محله .

ويحصل التجديد بتغيير الدائن ، إذا كان الدين الجديد يثبت لدائن آخر غير ذلك الذي كان الالتزام القديم مقرراً لصالحه . وتكاد هذه الصورة من التجديد لا تصادف تطبيقاً في العمل . وتفضلها بكثير حوالة الحق التي تؤدي بدورها إلى تغيير الدائن بطريقة أسهل وأنفع . أما سهولة حوالة الحق ، فلأنها تقع بحسب الأصل ، من غير حاجة إلى رضا المدين ، بل برغم اعتراضه ، أما التجديد بتغيير الدائن ، فيلزم لوقوعه رضا المدين . وأما زيادة النفع ، فترجع إلى أنه لا يقترب على الحوالة إلا مجرد انتقال الحق ذاته من الدائن الأصل (المحيل) إلى الدائن الجديد (الحال له) ، في حين أن التجديد يتضمن انقضاء الالتزام القديم وإنشاء التزام جديد يقوم مقامه .

٤ — يتحصل مما سبق أنه يلزم ، لوقوع التجديد ، وجود التزام قائم ، والاتفاق على إنشاء التزام جديد ، وأن يكون هذان الالتزامان مختلفان أحدهما عن الآخر في أمر جوهري . وهذه الأمور الثلاثة لا تكفي . وإنما يلزم أيضاً شرط رابع وأخير . وهو أن يحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذي يتفق على انقضائه . فلا بد لقيام التجديد من الاتفاق على انقضاء الالتزام القديم في مقابل الالتزام الجديد الذي ينشأ ليحل محله . فإذا كان من شأن اتفاق معين أن ينشأ التزاماً جديداً ، إلى جانب الالتزام القديم ، دون

أن يؤدي إلى انقضاء هذا الأخير ، ما كان ثمة تجديد . وهكذا لا يقوم التجديد في الحالة التي يتفق فيها المدين مع أجنبي على أن يدفع الدين عنه ، إذا لم يرتضى الدائن إراء ذمة ذلك المدين ، إذ أنه في هذه الحالة ، يقوم الالتزام الجديد مع بقاء الالتزام القديم قائماً .

٢٨٥ - كيفية حصول التجديد

بيننا فيما سبق أن التجديد اتفاق بمقتضاه يستبدل بالالتزام قائم التزام آخر جديد محل محله ويختلف عنه في أمر من الأمور الجوهرية . ونريد هنا أن نبين كيفية حصول هذا الاتفاق . وهي لا تقع دائماً في صورة واحدة ، بل تختلف باختلاف الأمر الذي يتغير فيه الالتزام الجديد عن القديم .

فالتجديد بتغيير الدين ، كما إذا اختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في محله أو في مصدره ، يحصل بالاتفاق عليه بين الدائن والمدين في الالتزام القديم ، وهما في نفس الوقت الدائن والمدين في الالتزام الجديد . وفي ذلك تقضي المادة ٣٥٢ بأنه : « يتجدد الالتزام : (أولاً) بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره . »

٥
يعم والتجديد عن طريق تغيير المدين يحصل في صورتين . فهو يقع أولاً بالاتفاق بين الدائن في الالتزام الأصلي وأجنبي على أن يكون هذا الأخير مديناً مكان المدين الأصلي الذي يرتضى الدائن إراء ذمته . فمجرد وقوع هذا الاتفاق بين الدائن والأجنبي يؤدي إلى تجديد الالتزام القائم بالالتزام جديد يكون الأجنبي فيه هو المدين . ويلاحظ أن رضاء المدين الأصلي في هذه الصورة ليس ضرورياً ؛ بل إن التجديد يقع ، حتى ولو اعترض عليه . والصورة الثانية لحصول التجديد عن طريق تغيير المدين هي الاتفاق عليه بين المدين الأصلي والأجنبي والدائن على أن يتحمل الأجنبي لصالح الدائن بالالتزام الجديد

يقوم مقام الالتزام القديم الذى كان المدين الأصلي متحملاً به (المادة ٣٥٢ ثانياً) .

والتجديد عن طريق تغيير الدائن يحصل بالاتفاق عليه بين الدائن والمدين وأجنبي ، على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن في الالتزام الجديد بنشأ مكان المدين الالتزام القائم (المادة ٣٥٢ ثالثاً) .

٢٨٦ - التجديد لا يفترضه الأصلية ، بل يفترضه الأصلية

القاعدة الأساسية التي تحكم التجديد هي أنه لا يفترض ، بل يجب أن يكون الاتفاق قاطعاً في الدلالة عليه . بحيث أنه لو ثار شك حول ما إذا كان قد أريد بالاتفاق إجراء مجرد تعديل في الالتزام القائم أم استبدال غيره به ، وجب أن يفسر الشك على النحو الذى يؤدي إلى عدم وقوع التجديد . وليس نفى بذلك ضرورة أن يحىء الاتفاق على التجديد صريحاً ، بل يكفي ، تطبيقاً للقواعد العامة ، أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، بشرط أن تكون هذه الظروف قاطعة في الدلالة عليه . وفي هذا تقضى المادة ٣٥٤ بأنه : ١ - التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف . ٢ - وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

يخلص مما سبق أن التجديد لا يفترض ، بل لا بد ، للقول بحصوله ، من أن يقوم الدليل قاطعاً على انصراف نية ذوى الشأن إليه . ولا يكون الأمر كذلك إلا إذ ظهر بشكل قاطع لا يدع مجال للشك اتفاق ذوى الشأن على انقضاء الالتزام القديم وإقامة التزام جديد محل محله . وهكذا لا يعتبر تجديداً مجرد

كتابة سند بين موجود من قبل ، وسواء أ كان هذا الدين ثابتاً من الأصل في محرر أو لم يكن كذلك . فالأمر هنا لا يعدو مجرد تهيئة دليل لإثبات الدين القائم . فإعطاء المشتري للبائع سنداً مستقلاً عن عقد البيع يثبت الثمن ، ولو كان هذا السند ورقة تجارية ، لا يعتبر تجديداً ، إلا إذا ظهر من الظروف وبشكل قاطع لا يدع مجالاً للشك أن نية البائع والمشتري قد انصرفت إلى اعتبار دين الثمن منقضيًا ، عن طريق استبدال الدين الجديد به . ولا يعتبر تجديداً أيضاً تقسيط الدين القائم ، حتى لو تحرر سند مستقل عن كل قسط ، مالم تقطع الظروف باتفاق الدائن والمدين على غير ذلك . ولا يعتبر تجديداً مجرد إجراء حساب عن مبالغ الأجرة المستحقة على المستأجر ، حتى لو أثبت متجمدها في سند مستقل عن عقد الإيجار . ولا يعتبر تجديداً مجرد الاتفاق على تغيير زمان الوفاء أو مكانه ، كما إذا أدى إلى منح المدين أجلاً ، أو إلى جعل الوفاء في القاهرة بدلاً من الإسكندرية . ولا يعتبر تجديداً للالتزام مجرد تقديم تأمين يضمه ، ولا مجرد الزول عن تأمين موجود . ولا يعتبر تجديداً مجرد الاتفاق على زيادة مقدار الدين أو نقصه ، ولا مجرد الاتفاق على تغيير سعر الفائدة التي يغلها . ولا يعتبر تجديداً ، في النهاية ، مجرد تقييد الالتزام في حساب جاری ^(١) (المادة ١/٣٥٥) .

في كل الأمثلة السابقة وما مماثلها ، لا يقوم التجديد ، ما دامت النية في حصوله لا تظهر بشكل قاطع لا يكتنفه شك أو غرض . ولكن إذا ظهر في أية حالة أن النية قد انصرفت بشكل مؤكد إلى التجديد ، وجب القول بحصوله ، بشرط أن تكون قد صدرت من لهم الحق في إجرائه ، وعلى وجه قانوني سليم . واستخلاص نية التجديد *animus novandi* يتعلق بالواقع ، ولقاضي الموضوع فيه القول الفصل .

(١) «ولمّا تجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك (المادة ٢/٣٥٥) » .

٢٨٧ - آثار التجديد

يترتب على التجديد أثر مزدوج . فهو يؤدي ، من ناحية ، إلى انقضاء الالتزام القديم ، ومن ناحية أخرى ، إلى إنشاء الالتزام الجديد . وفي ذلك تقضى المادة ١/٣٥٦ بأنه : يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد .

ويلاحظ أن الأثرين اللذين يترتبان عن التجديد مرتبطان أحدهما بالآخر . فالالتزام القديم ينقضى ، لأن الالتزام الجديد يقوم ليحل محله . والالتزام الجديد ينشأ ، ليحل محل الالتزام القديم الذى انقضى .

وإذا كان الالتزام القديم ينقضى هنا ، فهو ينقضى بكل توابعه وملحقاته . وصفاته وما يرد عليه من دفع . وكذلك تنقضى التأمينات التى كانت تضمنه ، كالأمن والامتياز والكفالة ، مالم يقض القانون^(١) أو الاتفاق بانتقالها إلى الالتزام الجديد (المادة ٢/٣٥٦) .

وإذا كان من شأن التجديد أن يؤدي إلى إنشاء الالتزام الجديد ، فإن هذا الالتزام ينشأ متميزاً عن الالتزام القديم ؛ فهو يتميز عنه في مقوماته ، وفي أوصافه وصفاته وفي توابعه وملحقاته وفي دفعه وتأميناته . فقد يختلف الالتزام الجديد عن القديم في محله أو في مصدره أو في أحد طرفيه . وقد ينشأ الالتزام الجديد تجارياً ، بعد أن كان القديم مديناً ؛ والعكس صحيح . وقد يكون الالتزام الجديد مقترناً بأجل في حين أن القديم كان متجزئاً أو العكس . وقد يكون الالتزام الجديد مغلاً للفائدة ، في حين أن القديم

(١) ومثال الحالة التى ينس فيها القانون على انتقال التأمين من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد ، ما تنقضى به المادة ٢/٣٥٥ بشأن تجديد الالتزام عن طريق قطع الحساب الجارى القيد فيه وإقراره ؟ فهنا لما كان الالتزام مضموناً بتأمين خاص ، بق هذا التأمين ضماناً للالتزام الجديد ، مالم يتفق على غير ذلك .

لم يكن يغلقها أو كان يغلقها بسعر مختلف. ويبدأ سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الالتزام الجديد بعد نشوئه ، أي بعد قيام التجديد ، ولا يعتد في ذلك بالمدة التي مرت على الالتزام القديم ، لأنه انقضى ، ولأن الالتزام الجديد مستقل عنه . وقد تختلف المدة التي يتقادم بها الالتزام الجديد عن تلك التي كانت مقررة لتقادم الدين الأصلي ، وبحصل ذلك ، مثلاً ، في حالة تجديد دين الأجرة بدین آخر مصدره القرض ^(١) . وقد تضمن الالتزام الجديد تأمينات لم تكن تكفل الالتزام القديم ؛ كما أن القاعدة العامة هي أن التأمينات التي كانت تضمن الالتزام القديم لا تنتقل إلى الجديد .

هكذا بين أنه يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم وإنشاء التزام جديد محل محله ، ويكون مستقلاً ومتميزاً عنه . وفي هذا تكمن خطورة أثر التجديد ، ويظهر السبب الذي حدا بالمشرع إلى إملاء القاعدة التي تقضي بالتحرز في استخلاصه والقول بأنه لا يفترض . وفي هذا أيضاً يختلف التجديد بتغيير الدائن عن حوالة الحق ، وعن الحلول محل الدائن ؛ ويختلف التجديد بتغيير المدين عن حوالة الدين ؛ وقد سبق لنا فيما مضى أن أبرزنا هذا الخلاف .

٢٨٨ - انتقال التأمينات مع الالتزام القديم إلى الجديد

الأصل ، كما رأينا ، أن التأمينات التي كانت تضمن الالتزام القديم لا تنتقل إلى الالتزام الجديد . وما هذا إلا مجرد نتيجة طبيعية للتجديد . فالتجديد يقضى الالتزام القديم ؛ وما دام هذا الالتزام قد انقضى ، انقضت بدورها التأمينات التي كانت تكفله ؛ لأنها تابعة له ؛ والتابع يتبع متبوعه . ولكن القانون يخالف ، في أحوال استثنائية ، منطلق الأمور ، ففقضى ببقاء التأمينات

(١) قدين الأجرة يتقادم بخمس سنوات ، في حين أن الدين الناشئ عن القرض يتقادم بخمسة عشر عاماً .

التي كانت تكفل الالتزام القديم ، رغم انقضائه ، ويقرر انتقالها . تضمن الالتزام الجديد . وهو ، في تقرير هذا الحكم الاستثنائي ، يستجيب إلى مجرد الاعتبارات العملية التي دفعت إلى رعاية مصلحة الدائن بضمان حقه الجديد بنفس التأمين الذي كان يضمن الحق القديم المنقضي .

ويلاحظ أن التأمين في الحالات الاستثنائية التي نحن بصددنا ينتقل إلى الالتزام الجديد ، ولا ينشأ لصالحه ابتداء . ولهذا الاعتبار أهمية بالغة ، لا سيما بالنسبة إلى التأمينات العينية . فلو كان هناك رهن ، مثلا ، يضمن الالتزام القديم ، فإن الرهن ينتقل لضمان الالتزام الجديد بنفس مرتبته ، في حين أنه لو كان ينشأ ابتداء ، لآخذ مرتبة جديدة متأخرة .

وانتقال التأمينات من الالتزام القديم إلى الجديد لا يكون إلا في الأحوال التي يجيزها القانون ، وفي غير توسع فيها أو يقاس عليها . لأن هذا أمر استثنائي ، والاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه . وقد يقرر القانون مباشرة انتقال التأمين ، كما هو الحال في المادة ٢/٣٥٥ بشأن قطع الحساب الجاري وإقراره . وهو يقرر انتقاله أيضاً بمقتضى الاتفاق في حالات معينة وبشروط خاصة .

ويختلف الحكم ، بالنسبة إلى انتقال التأمينات بمقتضى الاتفاق ، باختلاف ما إذا كانت مقدمة من المدين نفسه ، أو مقدمة من الغير . وتناول هاتين الحالتين على التوالي :

٢٨٩ — الاتفاق على انتقال التأمينات المقدمة من المدين بمقتضى المادة ٣٥٧

المادة ٣٥٧ ، يجوز الاتفاق على نقل التأمينات المقدمة من المدين ، والتي كانت تضمن الالتزام القديم لتصبح ضامنة للالتزام الجديد ، وذلك بالشروط الآتية :

أولاً : يجب أن يكون التأمين الذي يتفق على انتقاله تأميناً عينياً مقدماً من المدين . وهذا الشرط يستخلص من المادة ١/٣٥٧ التي تقضي في مستهلها بأنه : « إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين ... وهذا الشرط تنحصر التأمينات المقدمة من المدين والتي تنتقل بالاتفاق في الرهن بنوعه ، الرسمي والحيازي . فالرهن وحده هو الذي يقدم من المدين . وهكذا لا يمكن الاتفاق على انتقال الحق في الجبس الذي كان يضمن الالتزام القديم إلى الجديد ، لأنه من ناحية تأمين شخصي وليس عينياً ، ولأنه من ناحية أخرى غير مقدم من المدين ، ولكن القانون هو الذي يقرره مباشرة . وكذلك لا يمكن الاتفاق على نقل حق الامتياز الذي كان يضمن الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد ، لأنه مقرر من القانون مباشرة لصفة خاصة في الدين الذي كان يضمنه ^(١) . والظاهر أيضاً أنه لا يجوز الاتفاق على نقل حق الاختصاص ، لأنه بتقرر ياذن المحكمة ، فهو بدوره ليس مقدماً من المدين .

ثانياً : ويلزم أن يتفق على انتقال التأمين في نفس الوقت الذي يحصل فيه التجديد ، وإلا كان هذا الانتقال غير سار في مواجهة الغير (المادة ٢/٣٥٧) . وحكمة لزوم هذا الشرط واضحة . إذ أنه لو اتفق على انتقال التأمين في وقت لاحق لحصول التجديد ، لوقع هذا الاتفاق على تأمين انقضى بالفعل من قبل ، والذي مات لا ينتقل . ويلزم للاحتجاج على الغير بالاتفاق على انتقال التأمين أن يكون ثابت التاريخ . وأن يؤشر به على هامش قيد الرهن ، إذا ورد على عقار .

ثالثاً : يجب ألا يترتب على انتقال التأمين إلحاق ضرر بالغير . فإن كان ضمن شأنه ذلك ، ما سرى على الغير إلا في الحدود التي يتمتع فيها الإصرار بهم . ومثال هذه الحالة أن يكون مقدار الدين القديم ١٠٠٠ جنيه ، والدين الجديد ١٢٠٠ جنيه .

(١) انظر في هذا المعنى : أستاذنا السهوري ، الوسيط ج ٣ نبذة ٥٠٦ .

١٥٠٠ جنيه ؛ فهذا لا ينتقل الرهن إلى الدين الجديد ، في مواجهة الغير ، إلا في حدود مقدار الدين القديم ، أى في حدود الألف جنيه .
 رابعاً : ويلزم ، في النهاية ، أن يحجب الاتفاق على نقل التأمين من الأشخاص الذين يخولهم القانون حق إجرائه . وقد بينت المادة ١/٣٥٧ هؤلاء الأشخاص . وهم يختلفون باختلاف التغيير الذى يحصل التجديد على أساسه ؛ وذلك على النحو الآتى :

(أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، حصل الاتفاق على نقل التأمين من الدائن والمدين ؛ أى من نفس الشخصين اللذين يقع منهما الاتفاق على التجديد ذاته .

(ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، حصل الاتفاق على نقل التأمين من الدائن والمدين الجديد ، دون حاجة إلى رضا المدين القديم . ويلاحظ أن التجديد ذاته يحصل في هذه الحالة ، إما بالاتفاق عليه بين الدائن والمدين الجديد ، وإما بالاتفاق عليه بين هذين وبين المدين الأصلي . أما نقل التأمين ، فهو يتم في الحالتين ، دون حاجة إلى رضا المدين الأصلي .

(ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن ، حصل الاتفاق على نقل التأمين بين الدائن القديم والمدين والدائن الجديد ؛ وهم نفس الأشخاص الذين يحق لهم الاتفاق على إجراء التجديد ذاته .

٢٩٠ — انتقال التأمينات المقررة من الغير

يجوز الاتفاق على نقل التأمينات المقدمة من غير المدين ، سواء أ كانت شخصية أم عينية ، من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد . وإنما يلزم هنا دائماً رضا من يتحمل بالتأمين ^(١) . ويمثل التأمين الشخصى المقدم من غير

(١) يلاحظ أن القانون لا يصرح باستلزام صدور رضا الغير بانتقال التأمين ، إلا إذا كان هذا الغير هو الذى قدم التأمين ، كال كفيل . وقد يتبادر إلى الذهن أن هذا الحكم لا يبرى بالنسبة إلى المأثر ، وهو الذى تمتلك إليه ملكية العقار الذى رهن في الأصل من الدين . وقد يؤيد هذا الرأي ما جاء في المادة ٣٠٧ التى تسمح بانتقال الرهن المقدم من الدين بصفة عامة ؛ ولستكتفى (م ٢٩٠ — أحكام الالتزام)

المدين في الكفالة الشخصية وفي التضامن . أما التأمين العيني المقدم من غير المدين ، فيتمثل في الكفالة العينية . وقد ركز المشرع حكم انتقال التأمين المقدم من غير المدين في المادة ٣٥٨ التي تقضى بأنه : « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أم شخصية ، ولا التضامن إلا إذا رضى الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

فالكفيل الذي كان يضمن الالتزام القديم ، سواء أ كانت كفالاته شخصية أم عينية ، لا يضمن الالتزام الجديد إلا برضاه . وإذا اتفق أحد المدينين المتضامنين وحده على تجديد الدين التضامني بأخر يحل محله ، ما لزم الباقيون بالمدين الجديد ، إلا إذا ارتضوا التحمل به .

٢٩١ - الإنابة .

الإنابة déléation نظام قانوني مؤداه أن يتفق الدائن والمدين في التزام معين مع أجنبي عن هذا الالتزام على أن يقوم هذا الأخير بالوفاء به مكان المدين . أو هي تم ، كما تقول المادة ١/٣٥٩ : « إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين » . فالمدين هنا يأتي بشخص معين ، ويتفق معه على أن يقوم بالوفاء بالدين مكانه ، ويرضى الدائن بهذا الأمر . وهكذا تقع الإنابة بين أطراف ثلاثة يلزم موافقتهم جميعا عليها ؛ وهؤلاء هم : المدين ويسمى المنيب ، والأجنبي الذي يلتزم بالوفاء بالدين مكان المدين ويسمى المناب ، والدائن ويسمى المناب لديه . ومثال الإنابة أن يكون (١) دائنا لـ (ب) ، ثم يتفقان مع أجنبي (ح) على أن يقوم بالوفاء بالدين مكان (ب) .

والغالب أن تكون هناك علاقة مديونية سابقة بين المنيب والمناب ، أي بين (ب) و (ح) في المثال السابق ، كما لو كان الأول قد باع للثاني مالا

نرى مع ذلك وجوب رضا حائر الغار الرهون ، لكي ينتقل الرهن الذي ينقل عقاره إلى الالتزام الجديد . لأنه لا يوجد هنا مبرر لتفارقة بين الحائز والكفيل العيني . فضلا عن انتقال التأمين حكم استثنائي ؛ فإن نازك حول حصوله ، وجب أن يفسر هذا الشك على النحو الذي يقتضيه .

وأصبح هذا الأخير مدينياً بالثنى ؛ ف (ح) هنا يقبل الإنابة ، اعتباراً بأنه إذا دفع الدين الذى لـ (أ) على (ب) ، فهو يدفعه خصماً من الثمن الذى لهذا الأخير عليه . على أن هذا الأمر ، وإن كان يغلب فى العمل ، إلا أنه ليس ضرورياً . فقد يقبل المناب الإنابة ، دون أن يكون مدينياً للمنيب ، كما إذا أراد أن تبرع له بما يوفيه عنه للمناب لديه ، أو أن يرجع عليه به فيما بعد . وفى هذا تقضى المادة ٢/٣٥٩ بأنه : « ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونة سابقة ما بين المدين والأجنبي » .

٢٩٢ - الإنابة الطاعة والروابة الناقصة

رأينا أن الإنابة هى اتفاق بين الدائن والمدين وأجنى على أن يقوم هذا الأخير بالوفاء بالالتزام مكان المدين . والأصل أن التزام الأجنبي (المناب) بالوفاء بالدين يقوم إلى جانب التزام المدين (المنيب) بالوفاء به . وهنا يصبح للدائن (المناب لديه) مدينان يلتزمان بأداء نفس الالتزام ، من غير أن يكونا متضامنين ، بدلا من واحد . وهذه هى الإنابة الناقصة أو القاصرة .

وقد يحصل فى بعض الأحيان أن يتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يكون المناب فيه هو الدين مكان المنيب . وفى هذه الحالة ، تكون الإنابة تامة كاملة . وهى تطوى ، كما هو ظاهر ، على تجديد الدين بتغيير المدين . وفيها تبرأ ذمة المنيب نهائياً قبل المناب لديه (المادة ١/٣٦٠) الذى يصبح مدينه هو المناب ^(١) .

وانطواء الإنابة الكاملة على تجديد الالتزام بتغيير المدين هو الذى حدا بالمرجع إلى أن يذكر أحكام الإنابة كلها مع التجديد ، رغم أن الإنابة فى صورتها الناقصة تقع غربة عن التجديد تماماً .

(١) والإنابة الكاملة باحثة الوقوع فى المل . لأنه يلب ألا يجلها الدائن ، حتى يحفظ بمدينه القديم (المنيب) إلى جانب مدينه الجديد (المناب) ، لما فى ذلك من زيادة فرصة استيفاء دينه ، على وجه يقترب كثيراً من الكفالة .

ويلزم، لوقوع الإبانة الكاملة التي تنطوي على التجديد وعلى إبراء ذمة المنيب، أن يكون التزام المناب صحيحاً، وألا يكون المناب معسراً وقت الإبانة. فإن تخلف أحد هذين الشرطين، ما وقع التجديد، وبقي المنيب ملتزماً بالدين (المادة ١/٣٦٠).

وتمشياً مع أحكام التجديد، يلزم للقول بمحصله ومن ثم للقول بوقوع الإبانة الكاملة، أن يكون الاتفاق قاطعاً في الدلالة على إبراء ذمة المنيب وقيام التزام جديد يتحمل به المناب لصالح المناب لديه. فكما أن التجديد العادي لا يفترض، فالتجديد في الإبانة لا يفترض بدوره. فإن لم يكن الاتفاق قاطعاً في الدلالة عليه، قام التزام المناب إلى جانب التزام المنيب (المادة ٢/٣٦٠)، وكانت الإبانة بالتالي ناقصة.

٢٩٣ - إبانة تفصيل التزام مجرداً

سواء أكانت الإبانة كاملة أم ناقصة، فإن التزام المناب بالوفاء بالدين للمنيب لديه مكان المنيب يقع مجرداً عن سببه، مالم يتفق على غير ذلك. فالأصل العام هو ضرورة استناد الالتزام التعاقدى إلى سبب يكون بمثابة الدافع المستحث الذي يدفع المدين إلى ارتضاء التحمل به، بحيث أنه لو تخلف هذا السبب أو كان غير مشروع، ما نشأ الالتزام. ولكن التزام المناب يشذ عن هذا الأصل العام، ويبقى صحيحاً، حتى لو انعدم سببه أو كان هذا السبب مخالفاً للنظام العام أو لحسن الآداب. وعلى هذا فالمنيب يبق ملتزماً بالوفاء بالدين للمنيب لديه، حتى لو كان التزامه هو قبل المنيب الذي دفعه لقبول الإبانة ابطلاً، أو حتى لو أراد، بقبول الإبانة، التبرع للمنيب، مدفوعاً بسبب غير مشروع. ولا يكون للمنيب هنا إلا الرجوع على المنيب بما دفعه عنه، تطبيقاً للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب. وكذلك لا يسوغ للمنيب أن يتمسك في مواجهة المناب لديه بالدفع التي كان يسوغ له التمسك بها في مواجهة المنيب. وذلك كله مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره (أنظر المادة ٣٦١).

المبحث الثالث

المقاصة

٢٩٤ - المقاصة compensation نظام قانوني يفترض وجود شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له في نفس الوقت ، فينقاص الدينان ، بمعنى أنهما ينقضيان ، في حدود الأقل منهما . ومثال ذلك أن يقرض (١) ١٠٠ جنيه لـ (ب) ، ثم يبيع (ب) سيارته لـ (١) بمبلغ ١٥٠ جنيه ، هنا نجد (١) دائن لـ (ب) بمائة ومدين له بمائة وخمسين ، ونجد (ب) دائن لـ (١) بمائة وخمسين ومدينا له بمائة ، وهكذا يتقابل الدينان ، فينقضيان بالمقاصة في حدود الأقل منهما ، الأمر الذي يترتب عليه انقضاء كل حق (١) الناشئ من القرض ، وانقضاء حق (ب) في الثمن بمقدار مائة ، فلا يبقى منه إلا خمسون .

والمقاصة ، كما هو ظاهر ، سبب لانقضاء الالتزامات . وهي تقضي بالانقضاء بحق المدين على الدائن . فبدلاً من أن يدفع المدين الدين لدائنه ، يتخلص منه عن طريق اقتطاع قيمته من الحق الذي له على هذا الدائن .

ويلاحظ أن المقاصة تنفرد من بين أسباب انقضاء الالتزامات ، بأنها تقضى في نفس الوقت التزامين إثنين ، وليس التزاماً واحداً بحسب ، وإن وقع انقضاء أحدهما جزئياً ، إذا زادت قيمته عن الآخر . ففي المثال السابق ذكره ، نجد أنه قد ترتب على المقاصة انقضاء الالتزام الذي لـ (١) على (ب) والالتزام الذي لـ (ب) على (١) ، في حدود أقلهما قيمة .

٢٩٥ - وإذا كان الدور الاسامي الذي تلعبه المقاصة يتمثل في انقضاء الدينين المتقابلين في حدود الأقل منهما ، فهي تلعب دوراً آخر ، يتمثل في إحاطة الدائن بالضمان في استيفاء حقه . فلو لم يوجد نظام المقاصة ، لتحتم أن يقوم الشخص بأداء ما عليه لدائنه ، حتى لو كان له حق قبله ، على أن يطالب هذا الحق فيما بعد . وهنا يتعرض هذا الشخص ، في المطالبة بحقه ، لمزاحمة الدائنين الآخرين لدئنه ، بحيث أنه لو كان هذا الأخير

معيّراً ، ما استطاع أن يستوفي حقه ، أو ما استطاع أن يستوفيه كاملاً . وهكذا فصل ، بغير نظام المقاصة ، إلى أن الشخص يدفع ما عليه ، ثم يتعرض لصياح ماله . ولكن المقاصة تدرك عن الشخص هذا الخطر ، وتحيطه في استيفاء حقه بالضمان ، في حدود الدين الذي عليه . فهو يقتضى حقه من هذا الدين . وبهذا يستأثر ، في اقتضاء حقه ، بحق المدين عليه ، دون غيره من باقي دائي هذا الأخير ، فيتقدم عليهم في هذا المجال ، ويخلص إلى نفس النتيجة التي كان ليصل إليها لو أن الحق الذي له كان مضموناً برهن أو امتياز على الحق الذي للدين عليه . من أجل هذا يقال إن المقاصة أداة ضمان ، زيادة على كونها أداة وفاة .

٢٩٦ - وللمقاصة أهمية بالغة في العمل . فهي بعد الوفاء ، أبرز أسباب الانقضاء وأكثرها شيوعاً في العمل ، لا سيما في مجال العلاقات النسيئة والتجارية .

وترجع أهمية المقاصة إلى أنها أداة سلسلة سهلة لانقضاء الالتزامات . فبدلاً من أن يدفع الشخص الدين الذي عليه لدائنه ، ثم يطالب هذا الأخير بأن يدفع له بدوره حقه قبله ، تؤدي المقاصة إلى انقضاء الدينين كليهما ، في حدود الأقل منهما ، دون أن يدفع هذا أو ذاك شيئاً^(١) .

٢٩٧ - ونتناول أحكام المقاصة ، مبينين شروط وقوعها ، وكيفية هذا الوقوع ، ثم الأثر المترتب عليها .

٢٩٨ - شروط وقوع المقاصة

قوام المقاصة تقابل دينين بين شخصين ، بحيث يكون كل من هذين الشخصين دائماً للآخر في أحد الدينين ومدبناً له في الثاني . بيد أن كل تقابل

* (١) ولأهمية المقاصة في العلاقات بين البنوك ، توجد هيئة يطلق عليها غرفة المقاصة ، وهي تقوم بإجراء حساب ما لكل بنك على آخر من حقوق وما عليه له من ديون ، ثم تجري المقاصة بين هذه وتلك ، بحيث لا يدفع أحدهما للآخر إلا ما يفيض من ديونه على حقوقه .

من هذا النوع لا يؤدي إلى المقاصة . وإنما يلزم أن تتوافر فيه شروط خاصة . وترتد هذه الشروط إلى فكرة أساسية واحدة ، هي انطواء المقاصة على وفاء مزدوج بالدينين المتقابلين ، في حدود الأقل منهما ، بحيث يوفى كل منهما بالآخر . فلا بد إذن ، لوقوع المقاصة ، من أن تتوافر شروط معينة ، من شأنها جعل الوفاء المزدوج بالدينين المتقابلين ممكناً قانوناً . وهذه الشروط هي الآتية :

أولاً - اتحاد الدينين في المحل أو الموضوع . لا يقع المقاصة إلا بين دينين متحدين في المحل أو في الموضوع . وحكمة هذا الشرط واضحة ، إذ أن المقاصة تنطوي ، كما بينا ، على وفاء مزدوج بالدينين المتقابلين ، بحيث يوفى كل منهما بالآخر . والوفاء يحصل بأداء نفس موضوع الالتزام .

ومؤدى اتحاد الدينين المتقابلين في الموضوع أن المقاصة القانونية ، أى تلك التي تقع بحكم القانون والتي نعرض الآن أحكامها ، لا تكون إلا في حالتين اثنتين ، لا ثالث لهما ، وهاتان الحالتان هما الآتيتان :

(أ) أن يكون موضوع كل من الدينين مبلغاً من النقود . وهذه هي الصورة الغالبة لوقوع المقاصة في العمل .

(ب) أن يكون موضوع كل من الدينين مثلثات متحدة في النوع والجدوة ، كمية من القطن الأشموني ماركة جود ، أو كمية من القمح المصرى عيار ٢٣ قيراط .

هاتان هما الحالتان الوحيدتان اللتان تقع فيهما المقاصة ، علي فرض توافر الشروط الأخرى التي سنبينها حالا . لأن فيهما وحدهما ، يقع التماثل بين موضوعي الالتزامين المتقابلين ؛ وهو الشرط الأساسي لوقوع المقاصة .

أما في الحالات الأخرى ، فلا تقع المقاصة ، مهما كان الشبه قريباً بين موضوعي الالتزامين المتقابلين . فالشرط الأساسي هو التماثل بين موضوعي الالتزامين . ولا يكون مجرد التقارب بينهما ، حتى لو كان كبيراً . وهكذا

لا تقع المقاصة بين دين ببلغ من النقود ودين آخر بإعطاء كمية من القمح أو القطن . وهي لا تقع أيضا بين دينين موضوع أحدهما إعطاء كمية من القطن وموضوع الثاني كمية من القمح . بل إنها لا تقع إذا كان موضوع أجد الدينين هو إعطاء كمية من القطن . الأشمونى وموضوع الثاني إعطاء كمية من القطن المنوفى ، أو حتى لو كان موضوع كل من الدينين هو إعطاء كمية من القطن الأشمونى ، ولكن على خلاف فى درجة الجودة .

هـ . هكذا نخلص إلى أن الشرط الأول لوقوع المقاصة هو أن يكون موضوع كل من الالتزامين المتقابلين نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة (المادة ٢٦٢ / ١) .

ثانياً — الحلو من النزاع : يلزم ، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين المتقابلين خالياً من النزاع (المادة ٣٦٢ / ١) ، بمعنى الإيثار بشأنه نزاع جدى يحسمه فى ذات وجوده أو فى مقداره . وعلة هذا الشرط أن المقاصة تتضمن وفاء حق الشخص على مدينه من حق هذا الأخير عليه ؛ فإذا كان حقه منازعاً فيه ، فلا يكون الوفاء به واجباً على المدين ، لاحتمال أن يكون هذا النزاع على أساس .

يؤكد ويلزم بالضرورة أن يكون النزاع جدياً . فلا تمتنع المقاصة ، لمجرد أن الشخص الذى يتمسك بها ضده ينكر الدين الذى عليه كلاً أو بعضاً ، إذا كان إنكاره هذا بين الفساد . وإنما لا يتحتم أن يكون النزاع قد عرض على القضاء .

والنزاع الذى يمنع من وقوع المقاصة القانونية قد يثار بشأن وجود الدين ذاته ، وقد يتناول مقداره فحسب . ومثال الحالة الأولى ، أن يطلب (١) من (ب) أن يدفع له الدين الذى اقترضه منه ، فيتمسك (ب) بالمقاصة بين هذا الدين الذى عليه وبين حق يدعيه لنفسه على (ا) ، بمقولة أنه هذا الأخير قد تسبب بفعله الخاطئ فى إلحاق الضرر به ، ومن ثم فهو ملتزم إزاءه

بالتعويض ، فينكر (١) ارتكاب هذا الفعل . ومثال المنازعة في مقدار الدين ، أن يسلم (١) ، في المثال السابق ، بمسؤوليته ، ولكنه ينازع في مقدار التعويض المستحق عليه .

ثالثاً — استحقاق الأداء : يلزم لوقوع المقاصة أن يكون كل من الدينين المتقابلين مستحق الأداء (المادة ٣٦٢ / ١) ، بمعنى أن يكون الوفاء به واجباً حالاً . وعليه هذا الشرط ظاهر . إذ أن المقاصة تنطوي ، كما بينا ، على وفاء مزدوج للدينين المتقابلين . فإذا كان أحد هذين الدينين غير واجب الأداء فوراً ، كانت المقاصة به سابقة لأوانها ، ومن ثم لا يجوز .

والدين يكون غير مستحق الأداء ، إذا كان معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو كان مقرئاً بأجل واقف لما ينقضي . وهكذا لا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين المتقابلين معلقاً على شرط واقف ، طالما أن هذا الشرط لم يتحقق . ولكن إذا تحقق الشرط الواقف ، اعتبر الالتزام المعلق عليه موجوداً بأثر رجعي ؛ وهنا تقع المقاصة بأثر يسند إلى الوقت الذي يعتبر الدينان فيه أنهما قد تقابلا . أما الشرط الفاسخ ، فهو لا يمنع من وقوع المقاصة . لأن الالتزام المعلق عليه يعتبر موجوداً ومستحق الأداء ، وإن كان الزوال يهدده . فإن تحقق الشرط الفاسخ بعد التمسك بالمقاصة ، زال أثرها . واعتبرت أنها لم تقع ، الأمر الذي يترتب عليه عودة الالتزام المقابل ووجوب أدائه ؛ إذ أن مؤدى تحقق الشرط الفاسخ اعتبار الدين الذي كان معلقاً عليه كان لم يوجد أصلاً .

وكذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين المتقابلين مقرئاً بأجل لما لم ينقضي . فإذا كان (١) ، مثلاً ، دين حال على (ب) وطالبه بدفعه ، ما سأل (ب) أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الدين الذي يثقله ودين آخر ثابت له على (١) ، إذا كان هذا الدين الأخير لا يحل إلا بعد فوات أجل معين طال أو قصر . على أنه إذا كان الأجل هنا مقرراً لصالح (ب) وحده ، سأل له أن ينزل عنه ، ويصير حقه بذلك مستحق الأداء ، قابلاً للتقصاص .

وإذا كانت القاعدة هي أن المقاصة لا تقع، إذا كان أحد الدينين المتقابلين مقترناً بأجل لما ينقص، فإن هذه القاعدة لا ترد على إطلاقها. فستثنى منها الحالة التي يكون الأجل فيها قد منح من القاضي، أو أعطاه الدائن تبرعاً منه. وفي هذا قضى المادة ٣٦٢/٢ بأنه: ٢٠ — ولا يمنع المقاصة أن يتأخر معاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن.

فإذا كان (أ)، مثلاً، دين حال على (ب)، ثم تبرع الأول للثاني بأجل بأن أمهله إلى عام مقبل، أو منح القاضي هذا الأجل لـ (ب)، لكي ينظره إلى ميسرة، وبعد ذلك أصبح (ب) دائئاً لـ (أ) بدين حال؛ هنا تجوز المقاصة بين الدين الجديد الذي ثبت لـ (ب) على (أ)، وبين الدين الثابت للأخير على الأول، حتى لو كان الأجل الذي تبرع به (أ) أو منحه القاضي باقياً لما يحل.

هكذا نخلص إلى أنه، استثناء من القاعدة التي تستلزم كون الدين مستحق الأداء لوقوع المقاصة به، لا يحول دون وقوع المقاصة أن يتأخر معاد الوفاء بالدين، بسبب مهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن. وعلة هذا الاستثناء واضحة. إذ أن نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للدين إنما تقوم على مراعاة ظروفه السيئة التي من شأنها أن تجعل وفاءه بالدين فوراً أمراً بالغ الحرج. ويفترض نفس الأمر في الحالة التي يتبرع فيها الدائن لمدينه بمهلة. فإذا ثبت بعد ذلك أن للدين على دائته حق يمكن الوفاء بالدين منه قصاصاً، ما ساعد أن تقف المهلة الممنوحة عقبة في الطريق، لتخلف الحكمة

من منحها.
رابعاً —

صلاحية المطالبة بالدينين قضاء: يلزم، لوقوع المقاصة، أن يكون كل من الدينين المتقابلين صالحاً للبطلية به قضاء (المادة ٣٦٢/١)؛ أي واجب الأداء قانوناً. والالتزام الذي يتوفر فيه هذا الشرط هو الالتزام المدني، دون الالتزام الطبيعي. وهكذا لا يسوغ للدائن بالتزام طبيعي أن يتمسك بوقوع المقاصة بينه وبين الالتزام المدني الذي عليه. لأننا لو سلمنا له هذه الإحصة، لكان في ذلك إجبار للدين بالالتزام الطبيعي

بأدائه ، عن طريق اقتضاء الحق المدف الذي له ؛ ولا جبر في تنفيذ الالتزام الطبيعي ، حتى لو حصل بطريق غير مباشر ^(١) .

خامساً — لزوم ألا يكون أحد الدينين من بين تلك التي يحرم القانون القصاص بها . الأصل أن المقاصة تقع إذا كان موضوع كل من الالتزامين نقوداً أو مثليات متحقة في النوع والجودة وكان كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء ، دون اعتداد بذلك لطبيعة الالتزام أو مصدره . ولكن القانون يستثني بعض الالتزامات ، يخرجها إياها من دائرة المقاصة القانونية لعلها خاصة ؛ وهذه الالتزامات هي الآتية :

(١) الالتزام برد شيء نزع من مالكه بدون حق : وفي ذلك قضى المادة ٣٦٤ بأن المقاصة لا تقع : (١) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون وجه حق من يد مالكه وكان مطلوباً برده ، ومثال الحالة التي نحن بصدددها أن يكون (١) دائئاً لـ (ب) بمبلغ من النقود أو بكمية من القمح ، ثم ينتزع منه نقوداً أو قمحاً خلسة أو غصباً ؛ هنا نجد أن (١) دائئ لـ (ب) ، ثم أصبح مدينا له بشيء مماثل ؛ ولكن المقاصة لا تقع مع ذلك ؛ بسبب أن الدين الأخير يقوم على رد شيء انتزع من صاحبه بدون حق . والحكمة من تحريم المقاصة هنا هي منع الشخص من أن ينتصف لنفسه ، تمسحاً مع المبدأ الأساس الذي يقوم عليه كل مجتمع متحضر ، وهو أنه لا يسوغ للشخص أن يأخذ حقه بيده ، أو يقرر العدل لنفسه بنفسه . فلو أننا أجزنا المقاصة هنا لساغ للدائن أن ينتزع من مدينه شيئاً يقابل حقه ، حتى إذا ما طالبه هذا برده ، تمسك بالمقاصة بين ما أخذ وبين ما هو مستحق له ؛ وهكذا تكون المقاصة سبيلاً للاضطراب والفوضى .

(ب) الالتزام برد الشيء المودع أو المعار : لا تقع المقاصة ، إذا كان في موضوع أحد الالتزامين المتقابلين مورد شيء مودع أو معار (المادة ٣٦٤ ب) .^{٤١}

والحكمة من امتناع المقاصة هنا هي أن الشيء المودع أو المعار يعتبر أمانة في يد الوديع أو المستعير ؛ ولا يسوغ لهذا أو لذاك أن يخون الأمانة ، ثم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين التزامه برد الشيء الذي تسلمه أو يدفع التعويض عنه وبين الحق الذي له في مواجهة من أودع الشيء عنده أو أعاره إليه .

(ح) الحق الذي لا يجوز الحجز عليه : لا تقع المقاصة إذا كان أحد الحقيين المتقابلين مما لا يسوغ حجزه (المادة ٣٦٤ ج) . ومثال هذه الحالة أن يقرض شخص مبلغاً من المال لزوجته ، ثم يحكم عليه بالنفقة لها ؛ هنا يعتبر الزوج دائناً لزوجته بقيمة القرض ، وهو مدين لها بدين النفقة ؛ فالدينان يتقابلان ؛ ولكن المقاصة القانونية ، بينهما لا تقع ، ولا يستطيع الزوج التمسك بها حتى يخلص من دين النفقة الذي عليه ؛ وإنما يتحتم عليه أن يدفع لزوجته نفقتها ، ثم يرجع بعد ذلك عليها بحقه قبلها . والسبب في ذلك أن دين النفقة لا يسوغ الحجز عليه ، كأصل عام . وحالة تحريم المقاصة هنا لا تخفى على أحد . فالمشرع يريد من تقرير عدم قابلية بعض الأموال للحجز أن يخلص هذه الأموال لأصحابها ، نظراً لأنها لازمة لحياتهم ولحياتهم يعولهم . ومؤدى المقاصة أن يحرم الدائن من حقه عن طريق وقوع القصاص بينه وبين الدين الذي عليه ، ومن ثم لا تسوغ إذا كان هذا الحق مما لا يقبل الحجز عليه . ومن ناحية أخرى ، تمثل المقاصة عملاً في صورة حجز الدائن الذي يتمسك بها تحت يد نفسه على حق المدين عليه ، ثم استيفاء حقه منه ؛ وإذا كان الحجز لا يسوغ على حق المدين ، فكان طبيعياً أن يمنع القانون المقاصة به .

سادساً - المقاصة لا تقع لإضراراً بحقوق الغير : الشرط السادس والأخير لوقوع المقاصة هو ألا يكون من شأنها الإضرار بحقوق الغير التي كسبها على أحد الدينين المتقابلين . وفي ذلك تقضى المادة ٣٦٧^١ بأنه :

١ - لا يجوز أن تقع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها الغير .

وتطبيقاً لمبدأ عدم حصول المقاصة لإضراراً بمحقوق الغير ، لا يجوز للدين بالحق المحجوز تحت يده أن يتمسك ، إضراراً بالحاجز ، بالمقاصة بين هذا الحق وبين الحق الذي له هو على دائته ، إذا كانت شروط المقاصة لم تتوافر إلا بعد توقيع الحجز . وفي ذلك تقضى المادة ٢/٣٦٧ بأنه : « فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائئاً لدائته ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة لإضراراً بالحاجز » .

ومثال الحالة التي نحن بصددنا أن يكون (١) دائئاً لـ (ب) ، ثم يوقع (ج) ، وهو أحد دائئي (١) حجزاً تحت يد (ب) على الحق الذي عليه لـ (١) ؛ وبعد ذلك يصبح (ب) دائئاً بدوره لـ (١) ؛ هنا لا يسوغ لـ (ب) أن يتمسك بالمقاصة لإضراراً بالحاجز (د) ، لأن لهذا الأخير حق تعلق بالدين المحجوز عليه قبل توافر شروط المقاصة ؛ وفي إيقاعها إضرار به ، حيث إنها تؤدي إلى حرمانه من الحق الذي حجز عليه ^(١) .

وهكذا يظهر أن الدين المحجوز عليه لا يسوغ القصاص فيه ، شأنه في هذا شأن الدين غير القابل للحجز . وإنما يلزم : لامتناع المقاصة بالنسبة إلى الدين المحجوز عليه ، أن يكون الحجز قد أوقع قبل أن تتوافر شروط المقاصة . أما إذا كانت هذه الشروط قد توافرت أولاً ، ثم أوقع الحجز بعد ذلك ، فإن هذا الحجز لا يمنع من المقاصة ، حتى لو حصل التمسك بها في تاريخ لاحق لوقوع الحجز . لأن التمسك بالمقاصة لا ينتج أثره من وقت وقوعه فحسب ، بل هو يستند في إنتاج هذا الأثر إلى وقت توافر شروط المقاصة . وهكذا في حالتنا ، يعتبر الحجز واقعاً بعد حصول القصاص ، بحيث أنه إذا كان من شأن هذا القصاص أن يقضى الدين المحجوز عليه كله ، وقع الحجز غير ذي موضوع أصلاً .

(١) ولذا امتنع على الدائن بحق مدين (ب) في المثال المذكور في المتن أن يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدين الذي عليه ، بسبب حجزه تحت يده ، فإن سبيله إلى الدفاع عن مصالحه هو أن يولم بدوره الحجز على الدين السابق ، ويشارك بذلك مع الحاجز الأول (د) في المثال المذكور في المتن) في توزيع قيمة الدين المحجوز ، حيث يقتسمانه قسمة غرماء .

٢٩٩ — يخلص مما سبق أنه يلزم ، لوقوع المقاصة ، أن يقع التقابل بين دينين موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وأن يكون كل من هذين الدينين خالياً من النزاع ، مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء ، وألا يكون من بين الدينين التي يمنع القانون القصاص بها ، وألا يكون من شأن المقاصة ، في النهاية ، إضرار بحقوق الغير التي كسبوها على أحد الدينين المتقابلين . وهذه الشروط كافية لإمكان وقوع المقاصة . فلا يلزم بعدها أى شرط آخر .

فليس ضرورياً أن يتفق الالتزامان المتقابلان في المصدر . فمن شأن المقاصة أن تقع ، ولو اختلف سبب الدينين ، كما تقضى المادة ٣٦٢/١ . وهكذا فالمقاصة تقع ، مثلاً ، بين الدين الناشئ عن القرض وذاك الناشئ من عقد البيع ؛ وهي تقع بين أحد هذين الالتزامين وبين التعويض الناشئ عن الفعل غير المشروع ، بشرط أن يتحدد مقداره اتفاقاً أو قضاءً ، لأنه قبل ذلك يكون غير خال من النزاع .

وليس ضرورياً أيضاً أن يتحد موضوع الالتزامين المتقابلين في المقدار . فالمقاصة تقع بين الدينين ، ولو زاد مقدار أحدهما على مقدار الثاني . وهي هنا تقع في حدود الدين الأقل .

وليس ضرورياً كذلك أن يتحد الالتزامان المتقابلان في قوة السند المثبت لهما ؛ فيسوغ أن تقع المقاصة بين الدين الثابت في ورقة عرقية ، أو حتى غير الثابت في محرر أصلا ، وبين الدين الثابت في ورقة رسمية أو حتى ذلك الثابت بمقتضى حكم ، ما دام أحد الدينين غير منازع فيه بشكل جدى ، ولا أهمية أيضاً لتمتع الدين بالتأمينات أو تجرده منها ؛ فالدين العادى يتقاص مع الدين المضمون بالكفالة أو بالرهن أو بالامتياز .

ولا أهمية في النهاية لمحل الوفاء بالالتزام . فالمقاصة تقع ، ولو اختلف الالتزامان المتقابلان في محل الوفاء بهما ، كما إذا كان أحدهما واجب الوفاء في المنيا وثانيهما في الاسكندرية . على أنه إذا كان من شأن المقاصة هنا أن

تليق الضرر بمن يتمسك بها ضده ، بسبب عدم استيفائه حقه في المكان المعين .
إذ ذلك ، حق له التعويض عنه على الطرف الآخر (المادة ٣٦٣) . فإذا
اشترى ، مثلاً ، (١) من (ب) مائة قطار قطن تسليم الاسكندرية ، واشترى
(ب) من (١) مائة قطار قطن من نفس النوع والجودة تسليم المنيا ، ثم طلب
(١) من (ب) بأن يسلبه القطن الذي اشتراه منه ، ساغ لـ (ب) أن يتمسك
بالمقاصة ؛ ولكن وقوع المقاصة هنا يؤدي إلى إلحاق الضرر بـ (١) إذ هو
يرى نفسه كما لو كان قد أوفى له بحقه في المنيا ، في حين أنه كان من المقرر أن
أن يسلم القطن الذي اشتراه في الاسكندرية ، ومن ثم يلزم (ب) بأن يعوض
(١) عن الضرر الذي ناله ، ويحدد هذا التعويض بنفقات شحن القطن
ونقله من المنيا إلى الاسكندرية .

٣٠٠ — كيفية وقوع المقاصة

تقوم المقاصة ، كما بينا ، على تقابل دينين بشروط خاصة توافر فيها .
بيد أن مجرد هذا التقابل لا يؤدي بذاته وبمجرده إلى القصاص . وإنما يلزم
لذلك أن يتمسك بالمقاصة صاحب المصلحة في وقوعها . وفي هذا تقضي
المادة ١/٣٦٥ بأنه : ١ — لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها

فالمقاصة لا تقع بقوة القانون فور توافر شروطها . وإنما يلزم لوقوعها
أن يتمسك بها من له مصلحة فيها . فإن لم يحصل هذا التمسك ، بقي الدينان
المتقابلان دون انقضاء . ولا يجوز للقاضي أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء
نفسه ، حتى لو علم من ظروف الدعوى المعروضة عليه بتوافر شروط
إيقاعها . لأن المقاصة ليست من النظام العام . وإنما هي مقررة لفائدة
الأشخاص الذين لهم مصلحة في وقوعها .

والذي له مصلحة في وقوع المقاصة ، والذي يلزم بالتالي تمسكه بها
لوقوعها ، هو المدين في كل من الدينين المتقابلين . وكذلك يسوغ التمسك

بالمقاصة لكفيل أحد هذين الدينين المتقابلين . إذ إن للكفيل ، ولو كان متضامناً مع الدين المكفول ، أن يتمسك بجميع الأوجه التي يسوغ لهذا الأخير أن يحتج بها (المادة ١/٧٨٢) ، ومن بينها الدفع بالمقاصة ^(١) . أما الدين المتضامن ، فلا يسوغ له التمسك بالمقاصة بين الدين التضامني وبين حق أحد المتضامنين الآخرين على الدائن ، إلا في حدود حصّة هذا الدين المتضامن الآخر من الدين التضامني (المادة ٢٨٧) ، كما سبق لنا أن بيناه في حينه ^(٢) .

يظهر مما سبق أنه يلزم ، لوقوع المقاصة ، أن يتمسك بها من له مصلحة فيها . فإن حصل هذا التمسك ، وجب على القاضى أن يقضى بها ، ما دام قد ثبت له توافر شروطها . فالقاضى ليس حراً في الحكم بوقوع المقاصة أو بعدم وقوعها . بل يجب عليه أن يقضى بوقوعها ، ما دامت شروطها متوافرة . فكان سلطة القاضى هنا لا تنصب إلا على التحقق من توافر شروط المقاصة . وهكذا تقع المقاصة ، إذا توافرت شروطها التي بينها فيما سبق ، بحكم القانون ذاته ، إذا تمسك بها صاحب المصلحة فيها . فهي لا تقع بحكم القاضى ، الذى يقتصر دوره على مجرد تقرير وقوعها دون إنشائه . ومن أجل ذلك يطلق على المقاصة هنا « المقاصة القانونية » ، تمييزاً لها عن المقاصة القضائية التى ينشئها القاضى فى بعض الأحوال ، عندما يتعذر وقوع المقاصة القانونية بسبب تخلف أحد شروطها ، وتميزاً لها أيضاً عن المقاصة الاتفاقية التى تقع بالاتفاق على وقوعها ، عند تخلف أحد شروط المقاصة القانونية .

والغالب أن يحصل التمسك بالمقاصة فى صورة الدفع ، بأن يطالب الدائن مدينه بالوفاء بحقه عليه ، فيدفع المدين بالمقاصة بين هذا الحق وبين الحق الذى له هو فى مواجهة الطالب . ويسوغ الدفع بالمقاصة فى أية حالة كانت عليها

(١) أنظر : مؤلفنا التأمينات الشخصية والمالية ، نبذة ١٢٨ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٨ .

الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . بل إنه يجوز للدين أن يتمسك بالمقاصة بعد صدور الحكم عليه بالدين ، وعند إجراء التنفيذ عليه بمقتضاه ، وسواء في هذا أن يكون حقه الذى يطلب القصاص به قد نشأ له بعد صدور الحكم عليه بالدين أم قبل ذلك ، ما لم يتضح من سكوتة عن التمسك بالمقاصة ، في هذه الحالة الأخيرة ، نزوله عنه .

وإذا كان الغالب هو حصول التمسك بالمقاصة على صورة الدفع ، فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من التمسك بها في صورة الدعوى . ويحصل ذلك إذا أثر المدين عدم التريث حتى يطالبه الدائن بما عليه له ، فيرفع دعوى يطلب فيها تقرير القصاص بين هذا الدين وبين الحق الذى له هو على دائته .

٣٠١ - النزول عن التمسك بالمقاصة

المقاصة لا تقع ، كما بينا ، فور توافر شروطها ، وإنما يلزم لذلك أن يتمسك بها من له مصلحة فيها . وإذا كان الأمر هكذا ، تمثل طلب المقاصة مجرد رخصة للدين ، أو لغيره عن له الحق فيه . ولصاحب الرخصة أن ينزل عنها ، ما دامت لا تتعلق بالنظام العام . وهكذا يسوغ النزول عن المقاصة .

يبد أن النزول عن المقاصة لا يسوغ ، إلا بعد توافر شروطها ، وثبوت الحق بالتالى فيها . وفي ذلك تقضى المادة ١/٣٦٥ في آخرها بأنه : «...ولا يجوز النزول عنها (عن المقاصة) قبل ثبوت الحق فيها » . وقد حدا بالمشرع إلى تقرير هذا الحكم ما خشاه من تسلط الدائن على مديته وانتزاع رضائه بعدم التمسك بالمقاصة قبل نشوء حق المدين على الدائن ، أو قبل توافر شروط القصاص به . أما بعد توافر شروط القصاص ، فالمدين حر فى أن يتمسك به أو ينزل عنه .

والنزول عن المقاصة قد يقع صريحاً ، وقد يستدل عليه ضمناً من الظروف ، بشرط أن تكون تلك الظروف قاطعة في الدلالة عليه ؛ إذ أن النزول عن الحق لا يفترض .

٣.٢ - أثر المقاصة

إذا توافرت في المقاصة شروطها ، وتمسك بها صاحب المصلحة فيها ، أنتجت أثرها . ويتركز هذا الأثر في انقضاء الدينين المتقابلين ، في حدود الأقل منهما ، لامن وقت التمسك بالمقاصة ، ولكن من وقت توافر شروطها . وفي ذلك تقضى المادة ٢/٣٦٥ بأنه : ٢٥ - ويترتب على وقوع المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة

وهكذا يترتب على التمسك بالمقاصة أثر رجعى يستند إلى وقت توافر شروطها ، أى إلى الوقت الذى تلاقى فيه الدينان المتقابلان تلاقياً موجباً للقصاص ، حتى لو كان الطرفان أو أحدهما يجهل في هذا الوقت ثبوت حقه فيه . ويترتب على الأثر الرجعى للتمسك بالمقاصة نتيجتان هامتان هما الآتيان :

(١) إذا كان الدينان المتقابلان أو أحدهما يقل فائدة ، ثم وقعت المقاصة بينهما على أثر التمسك بها ، كف كل منهما عن إنتاج الفائدة ، بقدر ما انقضى منه بالمقاصة ، لا من تاريخ التمسك بالمقاصة فحسب ، بل من تاريخ توافر شروطها أيضاً .

(ب) إذا كان الدين ، عند توافر شروط المقاصة به ، لم تنقض بالنسبة إليه مدة التقادم : جاز التمسك بالمقاصة به ، حتى بعد انقضاء تلك المدة ، وحتى لو تمسك المدين المتحمل به بالتقادم . وفي ذلك تقضى المادة ٣٦٦ بأنه : « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » .

ومثال الحالة التى نحن بصدددها أن ينشأ لـ (١) على (ب) حق في سنة ١٩٤٠ ، ثم ينشأ لـ (ب) على (١) حق في سنة ١٩٥٠ ، وفي سنة ١٩٦٠ يطلب (ب)

من (١) الوفاء بحقه عليه ؛ هنا يسوغ لـ (١) أن يتمسك بالمقاصة بين الحقين ، رغم أنه قد انقضى على حقه هو عشرون عاما ، أى أكثر من مدة التقادم (والفرض أنها ١٥ سنة وفقا للقاعدة العامة) ، وحتى لو تمسك (ب) بتقادم هذا الحق . والسبب فى ذلك أن التمسك بالمقاصة يؤدى إلى إعمالها بأثر رجعى ، أى يؤدى إلى انقضاء الدينين ، فى حدود الأقل منهما ، من وقت توافر شروط المقاصة ؛ والفرض هنا أن تلك الشروط قد توافرت فى سنة ١٩٥٠ ، أى فى وقت كان فيه حق (١) لازال موجوداً ؛ وهكذا فالتمسك بالمقاصة ، رغم حصوله فى سنة ١٩٦٠ ، إلا أنه يؤدى إلى اعتبار ان حق (١) قد انقضى فصاعداً بحق (ب) فى سنة ١٩٥٠ .

٣.٣ - الوفاء برين بمجوز القصاص فيه

فى بعض الأحيان ، يتقابل دينان تقابلا مخولاً طلب القصاص بينهما ، ومع ذلك يقوم المدين فى أحدهما بوفائه . من غير أن يتمسك عندئذ بالمقاصة . ونريد أن نبين حكم هذه الحالة .

ويختلف هذا الحكم باختلاف فرضين : فإما أن يكون المدين ، عند وفائه بالدين الذى عليه يعلم بوجود حقه ويأمكن طلب القصاص به فى هذا الدين ، وإما أن يجمل ذلك .

فإن كان الفرض الأول ، اعتبر المدين متنازلاً عن التمسك بالمقاصة تنازلاً ضمناً . إذ أنه لا يمكن تفسير وفائه بالدين الذى عليه رغم علمه بإمكانه طلب القصاص فيه بحقه ، إلا على هذا النحو . وقد سبق لنا أن رأينا أن النزول عن التمسك بالمقاصة سائغ ، لعدم تعلقها بالنظام العام . بيد أن المشرع لم يعمل هنا أثر النزول عن المقاصة ، على إطلاقه ، بل قيده ببعض الشيء بالنسبة إلى الغير . فتؤدى النزول عن المقاصة ، لو عمل به على إطلاقه ، اعتبار الحق الذى كان يسوغ طلب القصاص به قائماً هو وملحقاته وتأميناته . ولكن

المشرع حرم صاحب هذا الحق من التمسك ، إضرار بالغير ، بالتأمينات التي تكفلها . وهكذا فإن ساغ للمدين الذي وفى الدين الذى عليه ، أن يطالب بحقه ، إلا أنه لا يسوغ له الإفادة من التأمينات التي كانت تضمن هذا الحق ، إضراراً بالغير . فلا يسوغ له أن يرجع على الكفيل الذى ضمن حقه ، ولا على حائز العقار الرهون ضماناً لهذا الحق ، بل إنه لا يسوغ له الإفادة من الرهن الذى كان يضمن حقه إضراراً بالمرتبهين الآخرين الذين كانوا متأخرين عنه فى المرتبة ، ولا حتى الدائنين العاديين .

وإن كان الفرض الثانى ، أى إذا كان المدين ، عند وفائه بالدين الذى عليه ، يجهل وجود حق له بخولا له طلب القصاص به فى دينه ، عنده القانون عن عدم تمسكه بالمقاصة . وقرر بقاء حقه بتأميناته .

هذا هو حكم الوفاء بالدين الذى كان يجوز طلب القصاص فيه بفرضيه الفرعيين . وقد ركز المشرع هذا الحكم فى المادة ٣٦٩ التي تقضى بأنه : « إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق » .

٤. ٣ — موافقة الحق الذى يجوز القصاص فيه

إذا تقابل حقان تقابلان بخولا طلب القصاص بينهما ، ثم محول أحدهما من صاحبه إلى شخص أجنبي ، فالأصل أن تلك الحوالة لا تمنع المحال عليه من التمسك فى مواجهة المحال له بالمقاصة التي كان يسوغ له التمسك بها فى مواجهة المحيل . والسبب فى ذلك أنه يسوغ للمحال عليه أن يتمسك ، فى مواجهة المحال له ، بالدفع التي كان يجوز له التمسك بها فى مواجهة المحيل ، ومن بينها الدفع بالمقاصة . ومن ناحية أخرى ، للتمسك بالمقاصة ، كما رأينا ، أثر رجعي يستند إلى تاريخ توافر شروطها . ومؤدى ذلك أنه إذا تمسك المحال عليه بالمقاصة بعد وقوع الحوالة ، فى الفرض الذى نحن بصده ، اعتبر الحق المحال به منقضيأ كلياً أو جزئياً ، قبل خوالته . هكذا يظهر أن الأصل هو أن حوالة

الحق الذي كان يجوز طلب القصاص فيه لامتنع المحال عليه من التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له . بيد أن هذا الأصل لا يسرى على إطلاقه . فستنتج منه الحالة التي يقبل فيها المحال عليه الحوالة بغير تحفظ منه . فهنا لا يسوغ له التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له ، وفقاً لما تقضى به المادة ١/٣٦٨ .

ولا صعوبة في الأمر ، إذا كان المحال عليه ، عند قبوله الحوالة ، يعلم بوجود حقه على المحيل المخول للقصاص ؛ إذ أن قبوله للحوالة هنا بدون تحفظ يتطلب على نزول ضمنى منه عن التمسك بالمقاصة . أما إذا كان المحال عليه عند قبوله الحوالة ، يحجل أن له الحق في طلب القصاص ، فلا يمكن تفسير قبوله هذا على أنه يتضمن نزولاً منه عن التمسك بالمقاصة . ومع ذلك ، فقد أتى نص المادة ١/٣٦٨ عاماً حارماً إياه منه ، حتى في هذه الحالة . ولعل الشارع أراد هنا أن يؤمن المحال له من خطر تمسك المحال عليه بالمقاصة التي توافرت شروطها قبل الحوالة ، ركوناً واطمئناناً إلى قبول هذا الأخير إياها بغير تحفظ منه .

وبلاحظ أن حرمان المحال عليه من التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له لا يكون إلا في الحالة التي يقبل فيها الحوالة بغير تحفظ منه . فإن اقتزن قبوله إياها بتحفظ يستفاد منه الإبقاء على حقه في التمسك بالمقاصة ، بقي له هذا الحق في مواجهة المحال له . ويسرى هذا الحكم ، من باب أولى ، إذا لم يقبل المحال عليه الحوالة أصلاً ، ولكنها نفذت في حقه بإعلانه فيها (المادة ٢/٣٦٨) .

وإذا حرم المحال عليه من التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له ، بسبب قبوله الحوالة بغير تحفظ منه ، لم يبق له إلا أن يطالب المحيل بحقه عليه . وهنا لا يجوز له ، إذا كان يعلم عند قبوله الحوالة ، بأنه يسوغ له طلب القصاص بحقه ، أن يقيد بالتأمينات التي كانت تضمنه ، إضراراً بالغير . وهذا الحكم الأخير ، وإن كان القانون لا يصرح به ، إلا أنه يستخلص بوضوح عن طريق القياس على حكم المادة ٣٦٩ .

٣٠٥ — المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

كل ما سبق بيانه حتى الآن يتعلق بالمقاصة العادية . والغالب أن يطلق عليها لفظ « المقاصة » ، بل نعت ولا تخصيص . ولكن في بعض الأحيان يطلق عليها عبارة « المقاصة القانونية » ، تأسيساً على أنها تقع بحكم القانون نفسه فور توافر شروطها ، ما دام يحصل التمسك بها من شخص له مصلحة في وقوعها ؛ وذلك إذا ما أريد التمييز بينها وبين نوعين ثانويين ، هما المقاصة الاختيارية أو الاتفاقية والمقاصة القضائية .

والمقاصة الاختيارية هي تلك التي لاتقع بحكم القانون لعدم توافر الشروط التي بينهاها ، ولكنها تقع اختياراً ، على أثر النزول عن التمسك بانتفاء الشرط الذي يحول دون وقوعها قانوناً ممن قرر هذا الشرط لمصلحته . فالقانون ، باستلزامه شروط وقوع المقاصة القانونية ، إنما يستهدف حماية أحد الطرفين أو كليهما ، على حسب الأحوال . فإذا اتقى أحد هذه الشروط ، ثم جاء من هو مقرر لصالحه ونزل عن التمسك بانتفائه ، أمكن للمقاصة أن تقع ؛ ولكنها تقع هنا اختياراً لا جبراً .

فشرط الصلاحية للمطالبة بالدين قضاءً ، مثلاً ، متطلب لفائدة المدين بهذا الدين . ولذلك فقد رأينا أن المقاصة القانونية لا تقع بين الالتزام الطبيعي الذي على شخص معين وبين الحق المدني لهذا الشخص على الدائن بالالتزام الطبيعي . ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يرتضى المدين بالالتزام الطبيعي وقوع المقاصة بين هذا الالتزام وبين الحق المدني الذي له . وهنا تقع المقاصة الاختيارية دون المقاصة القانونية . وكذلك الحال بالنسبة إلى شرط القابلية للحجز ، فهو مشروط لفائدة الدائن بالحق غير القابل للحجز عليه ، ولا يوجد ثمة ما يمنع هذا الدائن من التمسك بالمقاصة ، وعندئذ نكون بصدد مقاصة اختيارية وليست قانونية . فإذا كان للزوجة على زوجها دين نفقة ، مثلاً ، ثم طالبت به زوجها ، ما ساع لهذا الأخير أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الدين وبين حق له على زوجته . ولكن إذا طالب الزوج زوجته

بحقه عليها ، ساغ لهذه الأخيرة أن تتمسك بوقوع المقاصة . فإن فعلت ، وقعت المقاصة الاختيارية دون المقاصة القانونية .

وإذا كان الشرط المتطلب لوقوع المقاصة القانونية مقررأ لمصلحة الطرفين كليهما ، ساغ لهما أن يتفقا على وقوع المقاصة ، برغم انتفاءه . ومثل ذلك شرط اتحاد الالتزامين المتقابلين في الموضوع . فإذا كانت المقاصة القانونية لا تقع ، مثلاً ، إذا ورد أحد الالتزامين المتقابلين على كمية من القمح وورد الثاني على كمية من القطن ، لعدم اتحاد الموضوع ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من اتفاق الطرفين كليهما على وقوع المقاصة بين هذين الالتزامين ، فينقضيان في الحدود التي يرتضونها . وهنا تكون المقاصة اتفاقية ، اعتباراً بأنها وقعت نتيجة الاتفاق عليها .

وتتميز المقاصة الاختيارية أو الاتفاقية بأنها لا تقع إلا من وقت التمسك بها أو الاتفاق عليها ، في حين أن المقاصة القانونية تقع ، كما بينا ، من وقت توافر شروطها .

أما المقاصة القضائية فيقصد بها الحالة التي يكون فيها أحد الدينين المتقابلين أو كلاهما غير خال من النزاع ، ويعرض الأمر على القضاء فيحسم هذا النزاع ويقضى بالمقاصة . ومثال هذه الحالة أن يرفع (١) دعوى على (ب) يطالبه فيها بحقه عليه ، فيجىء المدعى عليه (ب) ويتقدم إلى المحكمة بطلب عارض يطلب فيه الحكم على (١) بحق يدعيه لنفسه عليه ثم إجراء المقاصة بين الحقين؛ فينازع (١) في هذا الحق المدعى . في هذه الحالة ، يسوغ للمحكمة أن تتعرض للطلب العارض ، حتى إذا ما تبينت أن لـ (ب) حقاً على (١) قضت له به ، ثم أجزت القصاص بينه وبين الحق المدعى به أصلاً .

ويلاحظ أن المقاصة القضائية لا تعدو أن تكون مقاصة قانونية وقعت بعد توافر الشرط الناقص ، وهو الخلو من النزاع . وهي لا تقع على أية حال إلا بعد الحكم في الطلب العارض بحق صاحبه . لأنه في هذا الوقت فقط تتوافر شروط المقاصة القانونية . ولعل هذا هو السبب الذي أدى إلى إطلاق عبارة المقاصة القضائية في حالتنا .

المبحث الرابع اتحاد الذمة

٣٠٦ - اتحاد الذمة Confusion هو اجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد، بالنسبة إلى دين واحد . ومثال ذلك أن يكون (أ) دائناً لـ (ب) ، ثم يموت الأول وينحصر إرثه في الثاني ؛ فهنا يرث (ب) الدين الذي كان عليه لمورثه . فتجتمع فيه صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى هذا الدين ، ويصير بذلك دائناً لنفسه فيه ، فينقضى .

ويجب عدم الخلط بين اتحاد الذمة وبين المقاصة . ففي حين أن اتحاد الذمة يقوم على اجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد وبالنسبة إلى دين واحد ، تقوم المقاصة ، كما سبق أن بينا ، على تقابل دينين بين شخصين مختلفين ، بحيث يكون كل من هذين الشخصين دائناً للآخر في أحد الدينيين ومديناً له في الثاني .

٣٠٧ - مآلات اتحاد الذمة

تتحد الذمة في كل حالة تقع فيها الخلافة في الدين بين الدائن والمدين ، سواء أوقعت تلك الخلافة بسبب الموت نتيجة الميراث أو الوصية ، أو وقعت حال الحياة . فإذا مات الدائن ، وورثه المدين ، خلف الثاني الأول في الدين ، واجتمعت فيه بذلك صفتا الدائن والمدين ، بمعنى أنه يصير دائناً لنفسه ، فتتحد فيه الذمة . ويسرى نفس الحكم لو لم يكن المدين وارثاً للدائن ، ولكنه خلفه في الدين الذي عليه نتيجة الوصية له به .

أما إذا مات المدين وورثه الدائن ، فاتحاد الذمة لا يقع في قانوننا المصري ، بخلاف ما عليه الحال في القوانين الأوروبية ، استجابة لمبدأ لا تركه إلا بعد سداد الديون . إذ أن الدين لا ينتقل في قانوننا عن المدين إلى ورثته ، بل تبقى التركة ، محملة به إلى أن يسدد من أموالها . فالدائن هنا يستوفي دينه من أموال التركة ، قبل أن يرث المتخلف منها . وهكذا فالدين في حالتنا ينقضى بالوفاء وليس بإحاد الذمة .

وقد يقع اتحاد الزمة حال الحياة . وأمرز مثال لذلك شراء الدولة أو الشركة السندات التي أصدرتها . فالسند يمثل ديناً على مصدره . فإن اشتراه هذا ، أصبح دائئاً لنفسه ، فينقضى الدين باتحاد الزمة .

٣٠٨ — أمر اتحاد الزمة

يترتب على اتحاد الزمة انقضاء الدين ^(١) بالقدر الذي شمله . وفي ذلك تقضى المادة ١/٣٧٠ بأنه : « إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الزمة » . فإذا شمل اتحاد الزمة الدين كله ، انقضى بتمامه . ومثال ذلك أن يموت الدائن وينحصر إرثه في مدينه . أما إذا لم يقع اتحاد الزمة إلا بالنسبة إلى جزء من الدين ، انقضى هذا الجزء وحده دون الباقي . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن يموت الدائن وينحصر إرثه في إبنه ، حالة كون أحد هذين الابنين هو المدين ؛ فهنا يقع اتحاد الزمة في نصف الدين ، فينقضى منه هذا النصف ، ويبقى النصف الآخر للإبن الثاني على أخيه .

ويلاحظ أن اتحاد الزمة يتضمن في الحقيقة مانعاً طبعياً لاقتضاء الدين ، أكثر من تضمنه لسبب قانوني يؤدي إلى انقضائه . ويترتب على ذلك أنه إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الزمة ، وكان لواله أثر رجعي ، عاد إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الزمة كأن لم يكن (المادة ٢/٣٧٠) . ومثال هذه الحالة أن يموت الدائن وينحصر إرثه في المدين ، ثم يقضى بجرمان هذا المدين من الميراث بسبب قتله الدائن أو اشتراكه في قتله . ومثال هذه الحالة أيضاً أن يوصى الدائن للمدين بالدين ، ثم يقضى بإبطال الوصية . في هاتين الحالتين ومثيلتهما ، يزول السبب الذي أدى إلى اتحاد الزمة بأثر رجعي ، ويعتبر كأن لم يقع أصلاً . ويترتب على ذلك أن الدين يعود بكل مقوماته وتوابعه وتأميناته .

(١) ويلاحظ أن اتحاد الزمة لا يقع في الديون أو الحقوق التخصبة لحسب ، وإنما يقع أيضاً في الحقوق البينية . ومثال ذلك أن يموت مالك الرقبة فيرثه للتفيم ، أو أن يشتري صاحب المقار المحذوم بحق لمرثاق المقار المحذوم ، أو أن يشتري الرهن الذي المرهون .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٣٠٩ - قد ينقض الالتزام ، دون أن يرجع منه على الدائن أى غم .
ويحصل ذلك فى الإبراء واستحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي عن المدين
والتقادم . وتتناول كلا من هذه الأسباب على التوالى ، وذلك فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الإبراء

٣١٠ - الإبراء *remise de dette* هو إعفاء الدائن المدين من الدين
الذى له عليه بغير عوض ، أو نزوله عنه له بغير مقابل .

والتصوير التقليدى للإبراء الذى قال به الرومان والذى سار عليه القانون
الفرنسى وغيره من القوانين الأوربية ، حتى الجرمانية النزعة منها ، والذى
نهج عليه بدوره قانونا المصرى القديم ، هو أن الإبراء لا يتم إلا برضاء
الدائن والمدين كليهما . فوفقاً لهذا التصوير ، ينطوى الإبراء على تصرف
قانونى صادر من جانبيين . وأساسه أن الالتزام يقوم على رابطة تجمع بين
الدائن والمدين ، فلا يسوغ أن تنفك إلا بإرادتهما المشتركة . وقد خالف
تقنيننا الحالى هذا التصوير التقليدى جاعلاً الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ،
وإن يمنح المدين بعد ذلك الحق فى رده ، إن كان غير راغب فيه . وهكذا
أصبح الإبراء تصرفاً صادراً من جانب واحد ، بعد أن كان يصدر فى القديم
من جانبيين وقد سائر مشرعنا ، فى هذا التصوير الجديد ، الشريعة الإسلامية .
وأساس الإبراء هو أنه يقوم على نية النبرع . فالدائن ، بإجراءاته ،

يرغب في التبرع لمدينه بالدين الذى له عليه ، عن طريق إعفائه منه ^(١) . وهذا يتميز الإبراء عن الصلح الذى يتضمن نزول الدائن عن بعض ما يدعيه ، في مقابل تسليم المدين بالجزء الباقي ؛ فهذا الصلح ، وإن كان يقوم عن نزول الدائن عن بعض ما يدعيه ، إلا أنه لا يتضمن إبراء من هذا البعض . لأنه لا يقوم على نية التبرع للمدين به ، وإنما هو يحصل في مقابل أن يكف هذا الأخير عن المنازعة في الباقي .

وكذلك يتميز الإبراء العادى الذى نعينه هنا عن الإبراء الذى يجيء ، نتيجة الصلح مع المفلس ، من نسبة محددة من ديون الدائنين ، إما لتوفى إفلاسه أو لإنهائه . فإذا قبل الدائنون النزول عن جزء من ديونهم للمفلس ، فهم لا يرغبون ذلك التبرع له بهذا الجزء ، وإنما هم يفعلونه مراعاة منهم لمصلحتهم هم ، عن طريق تمكين المدين من العودة إلى مباشرة تجارته ، طمعاً أن يتمكن فيما بعد من أن يؤدي لهم الباقي من ديونهم . وهكذا لا تسرى أحكام الإبراء العادى الذى نحن بصدد بيان أحكامه هنا ، على أن الإبراء الناشئ ، نتيجة الصلح مع المفلس . ولعل أهم أوجه الخلاف بين النظامين أنه يترتب على الإبراء العادى ، بحسب الأصل ، زوال الدين بجميع تأميناته . أما الإبراء الناشئ نتيجة الصلح مع المفلس فهو لا يقضى الدين إلا بالنسبة إلى المفلس نفسه ؛ أما الكفلاء الذين ضمنوه والشركاء فيه ، فلا يفيدون منه .

٣١١ — كيف يتم الإبراء

الإبراء ، كما بينا ، تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، هو الدائن . وعلى هذا فهو يحصل بإرادة الدائن وحده ، دون حاجة إلى قبول المدين لإياه . وهو يتم بمجرد أن يعبر الدائن عن إرادته به ويتصل هذا التعبير بعلم المدين ، تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا

(١) ويلاحظ أن الإبراء لا يقوم إلا إذا حصل للمدين نفسه . أما إذا تنازل الدائن عن حقه لأحد غير المدين ، حتى لو كان تنازله هذا ينير مقابل ، فلا تكون بصدد إبراء ، وإنما بصدد حوالة للحق .

اتصل بعلم من وجه إليه (المادة ٩١) . فإذا أظهر الدائن رغبته في الإبراء من الدين ، بأى طريق من طرق التعبير عن الإرادة ، ووصل هذا التعبير إلى علم المدين ، تم الإبراء ، وما ساع للدائن بعد ذلك أن يرجع فيه . أما إذا رجع الدائن في الإبراء ، قبل أن تصل إرادته به إلى علم المدين ، كان له ذلك . وبلاحظ هنا الخلاف في الحكم ، لو أن قبول المدين كان لازماً لوقوع الإبراء . فلو كان الأمر كذلك ، لساغ للدائن أن يرجع عن الإبراء قبل أن يصدر من المدين قبول به .

وإذا كان الإبراء يتم ، بإرادة الدائن وحده ، فإن المشرع لم يرغب مع ذلك أن يفرضه على المدين فرضاً . فقد قدر وبحق أن المدين قد يكون غير راغب في الإبراء ، لما يراه من أنه يتضمن مئة عليه من دائته ، يحرص على ألا تثقله وتقيده جيده . من أجل ذلك خول القانون المدين أن يرد الإبراء بعد حصوله . فإن فعل ، عاد الدين كما كان .

على أن رد الإبراء بعد حصوله ، لا يعتبر رفضاً له يحول دون قيامه أصلاً . فالإبراء يعتبر أنه قد تم ، بمجرد الرضاء به من الدائن ووصول هذا الرضاء إلى علم المدين . فإن رده المدين بعد ذلك ، فإن هذا الرد يتضمن تصرفاً قانونياً جديداً صادراً من جانب واحد بدوره ، ولكن هذا الجانب هنا هو المدين . وقد مكن القانون لهذا التصرف الجديد من أن يعيد الدين الذى صدر به الإبراء إلى وجوده^(١) .

وحيث إن رد الإبراء تصرف جديد يصدر من المدين ، فيلزم لصحته توافر شروط التصرفات عامة . ومن بين هذه الشروط توافر الأهلية في المدين . والأهلية المطلوبة هنا هى أهلية إجراء التصرفات الصادرة بصاحبها

(١) ويترتب على هذا التصور أن رد الإبراء من المدين يخضع للدعوى البولصية ، شأنه في هذا شأن الإبراء ذاته . لذا أن المدين ، رده الإبراء ، يعتبر أنه أجرى تصرفاً قانونياً من شأنه أن يحل محل الدين كان قد انقضى من قبل . فهذا التصرف يقره ، ولا يفوت عليه مجرد الفرصة في أن يمتنى . وفي هذا يتشابه رد الإبراء من المدين مع رفض الوصية من الموصى له بعد موت الموصى .

ضرراً محضاً . اعتباراً بأن المدين ، برده الإبراء . يحمل نفسه بلا مقابل بدين سبق له أن تحلل منه .

يخلص مما سبق أن الإبراء يتم بمجرد رضاء الدائن به . وإن كان يسوغ للمدين أن يرده . وفي هذا تقضى المادة ٣٧١ بأنه : « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده . »

٣١٢ — شروط قيام الإبراء

الابراء ، كما بينا ، تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الدائن . فيلزم ، لقيامه ، توافر الشروط التي تقضى بها القواعد العامة ، بالنسبة إلى التصرفات القانونية عموماً . فيلزم الرضاء به . مع ملاحظة أن إرادة الدائن وحدها كافية لقيام هذا الرضاء . ويجب أن يصدر هذا الرضاء من شخص متمتع بأهلية التبرع ؛ إذ إن الإبراء ينطوى على تبرع من الدائن لمدينه . ويجب كذلك أن يكون الرضاء غير مشوب بأحدعيوبه ، وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال . وإلى جانب الرضاء بالابراء الصادر عن ذى اهلية وخالياً من العيوب ، يلزم أن يرد الإبراء على دين مما يجوز بشأنه . والقاعدة أنه يجوز الابراء من الديون كافة ، بغض النظر عن مصدرها أو موضوعها . ولا يستثنى من ذلك إلا الديون التي يقتضى النظام العام بقاءها لأصحابها ، كدين النفقة قبل استحقاقه ^(١) . ويلزم في النهاية أن يكون للإبراء سبب مشروع . فإن كان هذا السبب غير مشروع ، كما إذا حصل لامرأة ، بقصد الوصول إلى معاشرتها حراماً ، وقع الإبراء باطلاً .

وبرغم أن الإبراء ينطوى على تبرع بالدين ، إلا أنه لا يلزم فيه أى شكل خاص ، فهو تصرف رضائي . فهو ليس هبة ، أو هو في الأقل ليس هبة مباشرة مما تلزم الرسمية فيها . وعلى ذلك ، فالإبراء يقع صحيحاً بمجرد الرضاء به ، أيأ كان الشكل الذي يرد التعبير عن الإرادة فيه . بل لا يوجد

(١) أما بعد أن تستحق النفقة ، فلا يوجد ثمة ما يمنع الدائن بها من أن يرى المدين منها .

ثمة ما يمنع ، تطبيقاً للقواعد العامة ، من أن يستخلص الرضاء بالإبراء ضمناً من ظروف الحال ، بشرط أن تكون هذه الظروف قاطعة في الدلالة عليه . إذ أن الزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه .

ولا يستلزم أى شكل خاص في الإبراء ، حتى لو كان الدين الذى ورد عليه قد اشترطت الرسمية لقيامه ، قانوناً أو اتفاقاً . وعلى ذلك فإذا وعد شخص آخر بأن يمنحه مبلغاً من المال تبرعاً ، فإن هذا التصرف ينطوى على وعد بالهبة ، ومن ثم يلزم لانعقاده أن يجيء في ورقة رسمية ؛ فإن توافر هذا الشكل ، وبالتالي قام الدين في ذمة الواعد ، ساغ للعود له أن يحله من وعده ، بإبرائه من الدين الذى عليه ، حتى ولو جاء هذا الإبراء في ورقة عرفية .

يتحصل مما سبق أن الإبراء تصرف رضائى ، ولا يلزم لوقوعه أى شكل خاص ، حتى في الحالة التى يرد فيها على التزام اشترط ، قانوناً أو اتفاقاً ، توافر شكل معين لقيامه . وفي ذلك تقضى المادة ٣٧٢/٢ بأنه : ٢ - ولا يشترط فيه (في الإبراء) أى شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان .

والإبراء ، وإن لم يستلزم لقيامه أى شكل خاص ، إلا أنه ينطوى في ذاته على تبرع من الدائن للدين . ومن ثم فهو يخضع لجميع الأحكام الموضوعية التى تسوى على التبرعات عموماً (المادة ٧٢/٢) . فالأهلية اللازمة فيه هى أهلية التبرع ، كما رأينا . وإن صدر في مرض الموت ، اعتبر وصية بالدين للدين ، وسرت عليه أحكامها (المادة ٩١٦/١) . ويطن فيه بالدعوى البوليصية ، دون حاجة إلى إثبات الغش .

٣١٣ - أثر الإبراء

إذا وقع الإبراء صحيحاً ، ولم يرد برده من المدين ، أنتج أثره . ويتركز هذا الأثر في انقضاء الدين في الحدود التى صدر فيها الإبراء . فإن وقع الإبراء على الدين كله . انقضت بتمامه . وإن لم يقع إلا على جزء من الدين ، اقتصر الانقضاء عليه ، دون الجزء الباقي .

وإذا انقضى الدين نتيجة الإبراء ، زالت جميع تأميناته ، سواء أ كانت شخصية كالكفالة أم عينية كالرهن ، وسواء أ كانت مقدمة من المدين أم مقدمة من الغير . على أنه يلاحظ هنا أن لإبراء المدين المتضامن من الدين ، بالنسبة إلى باقي المتضامين ، حكم خاص ، سبق لنا يراه عند الكلام في التضامن ^(١) .

المبحث الثاني

استحالة التنفيذ

٣١٤ - إذا استحالت تنفيذ الالتزام ، بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، انقضى وبرئت ذمة المدين منه . وفي هذا تنص المادة ٣٧٣ على أنه : « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيل عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » .

وحكمة انقضاء الالتزام نتيجة استحالة تنفيذه لسبب أجنبي عن المدين ظاهرة . فالقاعدة أنه لا يلزم أحد بمستحيل . ثم أن الفرض أن المدين لم يخطئ ، ومن ثم فهو لا يلتزم بالتعويض . وعلى ذلك فالمدين هنا يبرأ من الدين كلية ؛ فهو لا يلتزم بالتنفيذ العيني ، لاستحالة ؛ وهو لا يلتزم بالتعويض ، لانقضاء خطئه .

ويلزم لا لقضاء الالتزام هنا توافر الشرطين الآتين :

١ - يجب أن يكون الوفاء بالالتزام قد أصبح مستحيلا ، كما إذا ألزم شخص بتسليم حصان ثم نفق هذا الحصان موتاً ، وكما إذا ألزم بتسليم منزل معين ثم تهدم . والمقصود هنا بالاستحالة هو تعذر الوفاء كلية . أما إذا بقي هذا الوفاء ممكناً ، ولكنه أصبح ثقيلاً ومزعجاً للمدين ، فإن هذا لا ينهض

(١) راجع ما سبق ، بنقطة ١٧٣ .

سببا لانقضاء الالتزام ، وإن أمكن أن ينهض سببا لتخفيف عبئه على المدين برده إلى الحد المعقول ، تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة (المادة ١٤٧) .

٢ — ويجب أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه . والسبب الأجنبي ، كما سبق أن بيناه^(١) ، هو القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء وفعل الدائن وفعل الغير ، بشرط ألا يكون للمدين يد في وقوع هذا الفعل ، ولم يكن في استطاعته تفاديه أو درء نتائجه ببذل الجهد المعقول . ويقع عبء إثبات وجود السبب الأجنبي على المدين . لأن القاعدة هي أنه على الدائن عبء إثبات وجود دينه ، وعلى المدين عبء إثبات تخلفه منه .

فإذا لم يفلح المدين في إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى استحالة تنفيذ التزامه ، فإن هذا الالتزام لا ينقضى ، وإنما يستحيل موضوعه إلى تعويض ، بدلا من التنفيذ العيني ، كما سبق لنا أن بيناه في حينه .

إذا توافر الشرطان السابقان ، انقضى الالتزام . وإذا كان هذا الالتزام ناشئا عن عقد ملزم للجانبين ، كالالتزام الناتج من عقد البيع والقاضي بتسليم حصان تقى موتاً بعد البيع بقوة القاهرة ، انقضى بدوره الالتزام المقابل له ، وهو هنا التزام المشتري بدفع الثمن ، لتخلف سببه . وبذلك ينفسخ العقد كله .

المبحث الثاني

التقادم المسقط

٣١٥ — التقادم Prescription أو مضى المدة ، كما يسمى أحيانا ، نظام قانوني يقوم في أساسه على فوات الزمن ، ويؤدي إلى كسب الحق أو سقوطه . وهو ينقسم إلى نوعين : تقادم مكسب وتقادم مسقط . وهذان النوعان مختلفان

(١) راجع مسبقا لبنة ٤٤ .

اختلافاً أساسياً أحدهما عن الآخر ، في طبيعة كل منهما وفي غايته . فالتقادم المكسب يقوم على استمرار واقعة إيجابية ، هي حيازة المال ، مدة من الزمن ، ويؤدي إلى كسب هذا المال . أما التقادم المسقط ، فيقوم على استمرار واقعة سلبية ، هي سكوت صاحب الحق عن اقتضائه أو مباشرته ، فترة من الوقت ، ويؤدي إلى سقوط هذا الحق .

والتقادم المكسب لا يسرى أصلاً على الالتزامات . فنطاقه مقصور على الحقوق العينية ، وإن كان لا يرد عليها جميعاً^(١) . أما التقادم المسقط ، فهو يسرى على الالتزامات وعلى جميع الحقوق العينية الأصلية ، فيما عدا حق الملكية .

ولن تناول هنا ، ونحن في معرض الكلام عن انقضاء الالتزام ، التقادم المكسب . بل لن تناول التقادم المسقط فيما يترتب عليه من سقوط بعض الحقوق العينية ، وإنما نتناوله فقط فيما يؤدي إلى انقضاء الالتزامات .

٣١٦ — والتقادم المسقط يبدو ، لأول وهلة ، نظاماً بغيضاً . إذ أنه يؤدي إلى سقوط الحق عن صاحبه رغم أنه . ومع ذلك فلهذا النظام من المبررات ما حتم العمل به في كل التشريعات المتحضرة . وتختلف هذه المبررات باختلاف الأحوال .

ولعل المبرر الأساسي لنظام التقادم المسقط في نطاق الالتزامات ، هو الرغبة في التيسير على المدين ، بعدم إجباره على الاحتفاظ بأدلة الوفاء إلى الأبد . فالقاعدة أن على الدائن إثبات حقه ، وعلى المدين إثبات براءة ذمته من هذا الحق . وبغير نظام التقادم ، يتحتم على المدين أن يقدم الدليل على براءة ذمته من الدين ، مهما طال الأمد على مطالبته به . وفي هذا عسر ظاهر له . إذ الاحتفاظ بأدلة الوفاء إلى أمد بالغ الطول أمر متعذر في غالب الأحوال . ومن ناحية أخرى ، يستهدف نظام التقادم المسقط استقرار الأوضاع التي

(١) فهو يرد على جميع الحقوق العينية الأصلية وعلى رأسها حق الملكية ، ويرد أيضاً على حق الرهن الهيازي . أما الحقوق العينية النجبة ، بخلاف الرهن الهيازي ، فالتقادم المكسب لا يرد عليها .

تستمر ردحا طويلا من الزمن . فالمدين الذى يسكت دائته عن مطالبة دينه خلال المدة القانونية ، وهى فى العادة مدة طويلة ، من حقه أن يرتب أموره على براءة ذمته من الدين . وليس على الدائن هنا أن يلوم إلا نفسه ؛ فهو الذى تسبب فى ضياع حقه ، بقعوده عن المطالبة به أمداً طويلا .

هذان هما المسوغان الأساسيان لنظام التقادم المسقط للالتزامات . وقد توجد فى حالات خاصة مسوغات أخرى . فهناك ، مثلا ، ديون تقتضى طبيعتها ، وفقاً للبألوف فى شئون الحياة ، أن يدفعها المدين من إرادته ، كدين الأجرة المستحقة عليه نظير استجاره منزلا يأويه أو أرضاً يستغلها وينتفع بفائض غلاتها ؛ فتراكم هذه الديون فيما يتجاوز المستحق منها عن مدة تزيد على خمس سنوات يهبط المدين ، وقد يؤدى إجباره على أدائها إلى أن يلحق به الخراب ؛ من أجل ذلك يقرر القانون تقادم تلك الحقوق بمضى خمس سنوات . وهناك ديون أخرى ، جرت العادة على أن يوفىها المدين فى فترة وجيزة بعد نشوئها ، كالأجور المستحقة للعامل والخدم وكحقوق التجار والصناع عن الأشياء التى يوردونها لمستهلكيها ؛ وفيما يتعلق بهذه الديون ، يقرر القانون تقادمها بسنة واحدة ، اعتباراً بأن مضى هذه الفترة ينهض قرينه على الوفاء بها .

٣١٧ — وتتناول نظام التقادم المسقط مبدئين المدة اللازمة له ، ثم كيفية احتساب هذه المدة ، وبعد ذلك نبين طريقة إعمال التقادم ، ونحدد فى النهاية أثره .

٣١٨ — مدة التقادم

لا يلزم لوقوع التقادم المسقط ، إلى جانب تمسك المدين به ، إلا شرط واحد ، هو قعود الدائن عن المطالبة بحقه المدة المقررة قانوناً . فلا أهمية بعد ذلك لسبب هذا القعود ما لم يتضمن مانعاً قانونياً أو أدبياً يحول دون مطالبة الدائن مدينه بحقه عليه . فسيان أن يكون الدائن عالماً بوجود حقه أو جاهلاً بإياه . وسيان أن يكون قعود الدائن عن المطالبة بحقه ناشئاً بسبب عدم حاجته إلى اقتضائه ، أو حاصلاً برغم حاجته إليه .

وإذا كان مضى المدة هو الشرط الوحيد لقيام التقادم المسقط ، فإن هذه المدة ليست واحدة في كل الحالات . فالحقوق تتفاوت بالنسبة إلى قدر المدة اللازمة لتقادمها ، وفقاً لما يقرره القانون بصدها . فن الحقوق ما يتقادم بخمسة عشر عاماً ، ومنها ما يتقادم بخمسة أعوام ، ومنها ما يتقادم بثلاثة ، ومنها ما يتقادم بسنة واحدة^(١) .

٣١٩ - التقادم بخمسة عشرة سنة

الأصل في الالتزامات أنها تقادم بمضى خمس عشرة سنة ميلادية . وهذا هو التقادم الطويل أو العادى . ولا يستثنى من هذا الأصل إلا الالتزامات التي يقضى القانون بتقادمها بمدد أخرى . وفي ذلك تقضى المادة ٣٧٤ بأنه : « يتقادم الالتزام باقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية (استثناءات منصوص عليها في المواد من ٣٧٥-٣٧٨) » .

وهكذا فالقاعدة العامة هي أن الالتزامات تقادم باقضاء خمسة عشر عاماً ، بغض النظر عن مصدرها أو موضوعها أو عن صفتها المدنية أو التجارية . وقد استقى مشرعنا هذا القدر الزمنى من الشريعة الإسلامية ، حيث تقضى بالمنع من سماع الدعوى عند الإنكار بعد فوات هذه المدة . وقد كان قانوننا الملغى يتضمن بدوره اقضاء الالتزامات ، كقاعدة عامة ، بنفس المدة السابقة (المادة ٢٠٨/٢٢٧) . وإن كان الراجح ، تحت ظله ، أن هذه المدة ، كثيراً من مدد التقادم الأخرى ، تحسب وفقاً للتقويم الهجرى ، في حين أن جميع مدد التقادم تحسب تحت ظل قانوننا الحالى ، وفقاً للتقويم الميلادى ، تطبيقاً لما جاء في مادته الثالثة من أنه : « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » .

(١) بل إن من الحقوق ما يتقادم بأقل من سنة . ومثال ذلك حق التزيل في فندق في التمويش المستحق له بسبب ضياع أو سرقة أو تلف الأشياء التي يأتي بها في الفندق والتي يترتب صاحبها بحفظها ؟ فهذا الحق يتقادم بسنة أشهر ، تبدأ من اليوم الذى ينادى فيه التزيل الفندق (راجع المادتين ٧٢٧ و٧٢٨)

والحقيقة أن مدة الخمسة العشر عاماً ، باعتبارها حداً لسقوط الحقوق بالتقادم كقاعدة عامة ؛ الحقيقة أن هذه المدة معقولة ؛ فلا هي بالبالغة الطول ، بحيث ترهق المدين ، ولا هي بالبالغة القصر ، بحيث تسبغت الدائن بضاياع حقه ^(١) . ثم إن هذه المدة قد ألفها الناس من قديم الزمن . ويلاحظ أن التقادم بالمدة التي تقضيها القاعدة العامة ، أى بمدة ١٥ سنة ، يتم حتى لو ثبت أن المدين لم يف بالالتزام . فهذا التقادم يؤدي بذاته وبمجرده إلى انقضاء الالتزام . وهو هذه المثابة يختلف عن بعض الأنواع الاستثنائية من التقادم التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام ، لمجرد أنها تهض قرينة على حصول الوفاء به ، كما سنبينه بعد قليل .

يخلص مما سبق أن القاعدة العامة تقضى بتقادم الالتزامات بمضى خمس عشرة سنة . وهذه القاعدة لا تسوى على إطلاقها ، بل ترد عليها استثناءات عديدة . على أنه يلزم ، لاستبعاد القاعدة العامة والقول بتقادم حق معين بمدة مختلفة عن تلك التي تقتضيها ، أن يرد نص في القانون يقرر هذا الحكم بشكل قاطع لا شك فيه . لأن هذا النص ينطوى على استثناء ، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه . وهكذا فإن لم يرد نص في القانون يقرر ، لتقادم حق معين ، مدة خاصة ، سرت بصده القاعدة العامة ، ومن ثم تقادم بخمس عشرة سنة .

ولا يكفي لاستبعاد هذه القاعدة أن يتفق الدائن والمدين على تقادم الالتزام بمدة تختلف عن تلك التي تتضمنها . فمثل هذا الاتفاق يقع باطلاً (المادة ٣٨٨/١) . لأن تحديد مدد التقادم من النظام العام .

(١) والمدة المقررة للتقادم ، كأصل عام ، في القانون الفرنسى هي ثلاثون سنة . وتحديد هذه الفترة مأخوذ من القانون الرومانى . ففي مستهل حياة شريعة الرومان ، كانت الدعوى التي تحمى الحقوق أبدية لا تنقضى بالتقادم ، مع استثناء الدعاوى البريتورية ، حيث كان البريتير يمنحها لمدة عام واحد . وفي سنة ٤٢٤ ، أصدر الامبراطور Théodose قانوناً قضى بأن الدعاوى ، شخصية كانت أم عينية ، تتقادم ، بحسب الأصل ، بثلاثين سنة . ومن القانون الرومانى انتقل هذا القدر الزمنى إلى القانون الفرنسى ، باعتباره الأصل في التقادم مكسباً كالت أم مسقطاً . وهذه الفترة لا تخلو من المبالغة في الطول . ويوجه إليها الفقه الفرنسى من النقد . ويبدو أن هناك فكرة لتخفيضها إلى ٢٠ سنة أو أقل .

والنصوص التي تقرر الاستثناءات على القاعدة العامة عديدة . ومن بينها ما هو متناثر بين حنايا المجموعة المدنية^(١) والمجموعة التجارية^(٢) ، ومن بينها ما جاء في باب التقادم المسقط ذاته . ولن تناول هنا إلا الاستثناءات التي يتضمنها النوع الثاني من النصوص .

وهذه الاستثناءات تندرج تحت أنواع ثلاثة من التقادم . فهناك التزامات تقادم بخمس سنوات ، وأخرى تقادم بثلاث سنوات ، وثالثة تقادم بسنة واحدة . وتناول كلا من هذه الأنواع الثلاثة من التقادم على التوالي :

٣٢٠ - التقادم الخمس

هناك حقوق شخصية أى التزامات تقادم بخمس سنوات وهذه الحقوق تندرج تحت طائفتين متميزتين : طائفة الحقوق الدورية المتجددة ، وطائفة الحقوق الثابتة لبعض ذوى المهن الحرة . وتناول كلا من هاتين الطائفتين على حدة ، لاختلاف أساس التقادم وأثره في كل منهما .

٣٢١ - تقادم الحقوق الدورية المتجددة

استثناء من الأصل العام الذي يقضى بتقادم الحقوق بخمس عشرة سنة ، تقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمس سنوات . وفي ذلك تنص المادة

(١) ومثال هذه النصوص المادة ١٧٢ التي تقضى بتقادم دعوى النويش الناشئة عن العمل غير المشروع باقتضاء ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بمحدث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، أو باقتضاء خمس عشرة سنة تبدأ من يوم وقوع العمل غير المشروع ذاته ، أى المدين أقصر . على أنه إذا كانت الدعوى السابقة ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لا زالت قائمة بعد اقتضاء المواعيد التي بينها فيها سبق ، فإن هذه الدعوى لا تقادم إلا بسقوط الدعوى الجنائية . ومثال النصوص للتأثرة في التقنين المدني والتي تقرر مدداً خاصة للتقادم كذلك نص المادة ١٨٠ بشأن تقادم دعوى التعويض الناشئة عن الأضرار بلا سبب .

(٢) ومن النصوص التي يتضمنها التقنين التجاري والتي تقرر مدداً خاصة للتقادم المادة ١٩٤ ؛ وهي تقضى بسقوط الدعاوى الناشئة عن الكيالة عموماً وعن السند الأذن وغيره من الأوراق التجارية التي تتضمن حقاً تجارياً بخمس سنوات .

٢٧٥/١ على أنه : ١٥ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو اقر به المدين ، كأجرة المباني والأراضي الزراعية ، ومقابل الحكر وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات .

ويلزم هنا ، للأخذ بالتقادم الخمسى ، أن يكون الحق دورياً ومتجدداً . ويقصد بالحق الدورى ذلك الذى يكون من شأنه أن يتكرر نشوؤه فى أوقات دورية ، كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو كل سنتين مثلاً^(١) . أما الحق المتجدد ، فهو ذلك الذى لا يترتب على تكرار وجوده الاقتراع من أصل ثابت . وقد تكفلت المادة ٣٧٥/١ نفسها بإعطاء أمثلة عديدة للحقوق الدورية المتجددة . وهى فى هذا الصدد تذكر أجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر وفوائد الديون والإيرادات المرتبة والمعاشات المستحقة للموظفين والمستخدمين . فالأجرة ، مثلاً ، حق دورى ؛ لأنها تتكرر فى الفترات الزمنية التى يحددها العقد ؛ وهى حق متجدد أيضاً ؛ لأنه تكرر انشؤها لا ينتقص من أصل ثابت ، بل إن هذا التكرار يستمر ما بقى الإيجار قائماً . وما قلناه بشأن الأجرة يسرى على باقى الأمثلة التى أوردها . أما أقساط الدين الواحد ، فهى وإن كانت حقوق دورية ، إلا أنها ليست متجددة ؛ إذ أن كل قسط يدفع ينتقص من أصل الدين الثابت . ولهذا فالتقادم الخمسى لا يسرى على أقساط الدين ، وإنما يسرى عليها التقادم العادى الذى تتحدد مدته بخمس عشرة سنة .

ويلاحظ أن المادة ٣٧٥/١ لم تذكر الحقوق الواردة فيها إلا على أساس التمثيل لا الحصر . وعلى ذلك فكل حق آخر غير ما ذكر فيها يتقادم بخمس سنوات ما دام دورياً ومتجدداً . وهكذا يسرى التقادم الخمسى على أجرة الأشياء الأخرى غير تلك المذكورة فى النص السابق ، كالأراضي الفضاء والسيارات والدواب وغير ذلك من المنقولات . ويسرى هذا التقادم أيضاً

(١) ولأحد للفترة الزمنية التى تكون الدورة الزمنية التى يسود الحق ليفسأ من جديد بمد مضىها ؛ وذلك بخلاف قانوننا القديم الذى كان يحدد لهذه الدورة فترة زمنية أقصاها سنة (راجع المادة ٢٧٥/٢١١ قديم) .

على دين النفقة . وهو يسرى كذلك على أرباح الأسهم ، فضلا عن فوائد السندات^(١) .

ولفت النظر إلى أن المقصود بالدورية والتجدد في الحق لكي يسرى عليه التقادم الخمسى ، هو اتصافه بهما بحسب طبيعته الغالبة في العمل . ولا يؤثر بعد ذلك أن يكون الحق ، في حالة خاصة ، غير دورى أو غير متجدد . فأجرة الأرض أو المنزل ، مثلا ، حق دورى ومتجدد ، بحسب الوضع الثالب . وهى لذلك تتقادم بخمس سنوات ، حتى لو كانت في حالة خاصة لا تستحق إلا مرة واحدة دون تكرار ، كما إذا استأجر شخص سيارة لمدة يوم واحد بأجرة إجمالية محددة .

ومجرد كون الحق دورياً ومتجدداً كاف لسريان التقادم الخمسى عليه . فلا أهمية بعد ذلك لتغير قيمة الحق من فترة زمنية إلى أخرى ؛ إذ أن تجدد الحق بنفس المقدار غير لازم . وهكذا فإذا أجر شخص ، مثلا ، سيارته لآخر لمدة سنة ، على أساس أجرة قدرها خمسون جنهما عن الشهر الأول وأربعون جنهما عن الشهور الباقية ؛ لجميع هذه الأجر تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاق كل منها .

وأساس التقادم الخمسى ، بالنسبة إلى الحقوق الدورية المتجددة ، هو منع تراكم هذه الحقوق على المدين عن مدة تتجاوز خمس سنين ، اعتباراً بأنه يوفىها عادة من إirاده ، وبأنه إذا اضطر إلى وفائها بعد أن يمضى على استحقاقها خمسة سنوات ، فقد يوفىها من رأس ماله ، الأمر الذى قد يرتب له العسر والضيق ، وقد يلحق به الخراب . بيد أن هذا الاعتبار لا يمدو أن يكون الأساس الذى بنى عليه المشرع التقادم الخمسى فى حالتنا ، امتداداً إلى الوضع

(١) ويلاحظ أنه ، خلافاً للقاعدة العامة التى تقضى بأنه يترتب على براءة ذمة المدين من الدين الذى يسقط بالتقادم ، لا تبرا ذمة المركات من الديون الناشئة عليها عن أرباح الأسهم وفوائد السندات ، إذا أصابها التقادم . بل يترتب على تقادم هذه الديون ضياعها على أصحابها الأصليين وانتقالها إلى الدولة . ويسرى نفس الحكم أيضاً على قيمة الأسهم والسندات ذاتها وعلى ودائع البنوك والبالغ المسلة لليبها على سبيل الضمان . أنظر فى ذلك المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ .

الغالب في العمل . ولا أهمية بعد ذلك للحالات الخاصة التي يكون المدين فيها بالغ الملاءة والاعتدال ؛ فحتى في هذه الحالات ، يتقدم الحق الدوري المتجدد بخمس سنين . لأن القانون يعطى هنا للتأخر حكم الغالب^(١) .

وإذا كان التقادم الخمسي في حالتنا يؤسس على منع تراكم الحقوق الدورية المتجددة على المدين بعد انقضاء خمس سنين ، فهو لا يقوم على قرينة الوفاء بهذه الديون . وفي هذا يتشابه تقادماً مع التقادم العادي الذي يتضمن انقضاء خمس عشر سنة ، ويختلف عن ضروب أخرى من التقادم سببها بعد قليل . ومؤدى عدم استناد تقادم الحقوق الدورية المتجددة على قرينة الوفاء إمكان التمسك به ، حتى ولو أقر المدين بأنه لم ينف بالحق . فالتقادم هنا سبب لا نقضاء الالتزام في ذاته ، وليس سبباً لا نقضائه ، اعتباراً بأنه ينهض قرينة على الوفاء به . وقد أرادت المادة ١/٣٧٥ أن تبرز هذا الحكم فجاءت تقول إن الحق الدوري المتجدد يتقادم بخمس سنوات ، « ولو أقر به المدين »^(٢) .

ويرتب أيضاً على عدم استناد التقادم الذي نحن بصددده على قرينة الوفاء أنه يسرى على الحق الدوري المتجدد ، حتى لو كان ثابتاً في محرر مكتوب ، شأنه في هذا شأن التقادم العادي ، وبخلاف الحكم في ضروب التقادم الأخرى التي تقوم على قرينة الوفاء .

(١) وتطبيقاً لهذا الحكم ، قضت المحكمة الإدارية العليا بأن مرتب الموظف الحكومي يتقادم بخمس سنين ، برغم أن الدولة ، وهي المدينة بهذا المرتب ، مليئة مقتدرة . وقد أسست المحكمة رأيها على أن التقادم الخمسي يقوم على افتراض أداء المدين ديونه الدورية المتجددة من ليراده ، وأن تراكمها لمدة تتجاوز خمس سنين تكلفه بما يجاوز السنة ، وأن هذه القرينة لا تثقل إثبات العكس . أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، الحاماة س ٣٦ رقم ٤٤٨ من ١٣٢٨ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، الحاماة س ٣٧ رقم ٧٥٠ من ٦٨ .

(٢) وهذه النبرة يجانبها التوفيق . فأقرار المدين بالحق يقطع تقادمه (المادة ١/٣٨٤) ، ويزيل بذلك أثر المدة السابقة على حصوله . وهكذا فأقرار المدين بالحق يجعله لا يتقادم إلا بمدة جديدة كاملة تبدأ من وقوعه . وعلى أية حال ، فالقصد من عبارة « ولو أقر به المدين » هو أن الحق الدوري المتجدد يتقادم بخمس سنين ، حتى لو اعترف المدين صراحة أو ضمناً بأنه لم يوفه (أنظر في هذا المعنى تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عن رفض اقتراح مقدم من مستشاري محكمة النقض بمخف عبارة « ولو أقر به المدين » ، مجموعة الأعمال التوضيحية ج ٣ ص ٣٠٩) . وجبنا لو استبدلت بهذه العبارة ، عبارة أخرى تؤدي المعنى المطلوب دون لبس ، كعبارة « ولو أقر المدين بأنه لم يوفه » .

٣٢٢ - بينا فيما سبق أن الحق الدوري المتجدد يسقط بالتقادم الخمسى . وقد اختلف ، فى ظل قانوننا القديم ، حول ما إذا كان هذا التقادم يسرى على الربيع المستحق على من يحوز مال غيره بسوء نية ، أى حالة كونه يعلم بأنه ليس له الحق فى الانتفاع به . كما اختلف أيضا حول ما إذا كان تقادمنا يسرى على الربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين . وكان رأى الراجح قهراً وقضاء يسير على أن التقادم الخمسى لا يسرى على هذين النوعين من الديون . اعتباراً بأنها غير دورية ، أوفى الأقل غير متجددة . والحقيقة أن الدافع إلى هذا رأى ليس هو انتفاء الدورية أو التجدد عن الدينين السابقين ؛ فهما فى الحقيقة يتصفان بهذين الوصفين كليهما ، ولا يفرقان فى هذا الصدد عن دين الأجرة . ولكن الدافع الحقيقى هو أن الحائز سبى النية وناظر الوقف غير جديرين بالحماية التى يصفىها التقادم الخمسى على المدين . وقد أحسن مشرعنا صنعا حيث نص فى المادة ٣/٣٧٥ على أنه : ٢ - ولا يسقط الربيع المستحق فى ذمة الحائز سبى النية ، ولا الربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ، إلا باقتضاء خمس عشرة سنة . . وهو بهذا قد قطع الشك بصدد هذين الدينين ، مبدأ إياهما عن نطاق التقادم الخمسى ، ومقرراً فى شأنهما سريان التقادم العادى الذى يقوم على اقتضاء ١٥ سنة .

٣٢٣ - تقادم حقوق بعض أصحاب المهن الحرة

رأينا فيما سبق أن التقادم الخمسى يسرى على الحقوق الدورية المتجددة ، مع استثناء الربيع المستحق على من يحوز المال بسوء نية والربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين . ويسرى التقادم الخمسى أيضاً على الحقوق الثابتة لبعض أصحاب المهن الحرة على عملائهم . وفى ذلك تقضى المادة ٣٧٦ بأنه : « تقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات . »

وهكذا نجد أن حقوق بعض أصحاب المهن الحرة على عملاتهم تتقدم بخمس سنين . وهؤلاء المذكورون في القانون على سبيل الحصر^(١) ، وهم الأطباء والصيادلة والمحامون والمهندسون والخبراء ووكلاء التفليسة والسفيرة والأسانذة والمعلون^(٢) . أما غير هؤلاء من أصحاب المهن الحرة ، كالمولدات غير الطبيبات والمرضات ومدلكى الأجسام والمقاولين والمحاسبين وأصحاب الصحف ، فلا يسرى التقدم الخمسى على ما ينشأ لهم من حقوق قبل عملاتهم ، وإنما يسرى على تلك الحقوق التقدم العادى أو الطويل ، أى التقدم بانقضاء خمس عشرة سنة .

والحقوق التى تتقدم هنا بخمس سنين هى تلك التى تنشأ لأصحاب المهن الحرة الذين ذكرناهم على عملاتهم ، إما جزاء لهم عما أدوه من أعمال منهم أو بسبب ما تكبدوه من مصروفات فى سبيل أداء تلك الأعمال . فالطبيب ، مثلاً ، يثبت له فى مواجهة مريضه حق فى مقابل أتعاب علاجه ؛ وقد يثبت له حق آخر فى مقابل المصروفات التى تكبدها فى سبيل هذا العلاج ، كإلو قدم لمريضه الدواء أو أجرى له كشف أشعة أو تحليل ؛ وهذان الحقان كلاهما يتقدمان بخمس سنوات . وحق المحامى الناشئ له على موكله مقابل أتعابه ، وكذلك حقه الناشئ له ضده فى مقابل دفعه عنه رسوم ومصروفات القضايا وغيرها من أعمال المحاماة يتقدمان بخمس سنوات أيضاً . أما الحقوق النابتة لأصحاب المهن الحرة قبل عملاتهم ، والتى لا تنشأ لهم جزاء عما أدوه من أعمال منهم أو بسبب ما تكبدوه من مصروفات فى سبيل قيامهم بتلك الأعمال ، وإنما

(١) ويلاحظ أن مشروع المادة ٣٧٦ كان يذكر أصحاب المهن الحرة على سبيل التثليل لا الحصر . فقد تضمن هذا المشروع عبارة تقضى بأنه : « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » . وقد حذفت هذه العبارة ، فلم تأت فى القانون ، اعتباراً بأن الإطلاق فى التعبير خطر ، وقد يشمل حالات لا يمكن ضبطها (راجع الأعمال التوضيحية ج ٣ ص ٣١٣) . وبهذا أصبح بيان أصحاب المهن الحرة الذين تتقدم حقوقهم بخمس سنين وارهأ فى القانون على سبيل الحصر .

(٢) وقد كان القانون القديم يقرر تقدم حقوق الأطباء والمحامين (الافوكاتية) والمهندسين وموَدِبِ الأطفال والمطبخين بمضى ثلاثمائة وستين يوماً (المادة ٢٧٣/٢٠٩ قديم) .

تنشأ لهم بسبب آخر ، كما لو كانت ناشئة عن قرض لا يمت لأعمال منهم بصلة ، أو كانت ناشئة بسبب عمل غير مشروع ارتكب ضدهم ، قذف في حقهم ، مثلاً ؛ أما هذه الحقوق ، فلا يسرى التقادم الخسئ عليها ، وإنما تتقادم وفقاً للقواعد العامة .

ويبدأ سريان التقادم الخسئ بالنسبة لحقوق أصحاب المهن الحرة من الوقت الذى يتم فيه هؤلاء تقدماتهم لعملائهم ، حتى لو استمروا يؤدون لهم تقدمات أخرى (المادة ٣٧٩ / ١) . فالطبيب ، مثلاً ، إذا باشر علاج مريض من مرض معين ، يبدأ سريان حقه قبله من الوقت الذى ينتهى فيه قيامه بعلاجه من هذا المرض ، حتى لو عاد له الجته من جديد فيما بعد ، أو حتى لو استمر يعالج غيره من أفراد أسرته . أما لو كان علاج المريض يقتضى من الطبيب أن يعود أكثر من مرة ، فإن التقادم لا يبدأ سريانه إلا من آخر زيارة ، حتى لو اتفق على أن يدفع المريض لطيبه مبلغاً محدداً عن كل زيارة .

ويرجع أساس التقادم الخسئ ، فى سريانه على حقوق أصحاب المهن الحرة الذين حددناهم ، إلى قرينة الوفاء بهذه الحقوق . فكأن هذه الحقوق تعتبر منقضية بالوفاء الذى يقتصر دور التقادم على أن ينهض قرينة على حصوله . وعلة هذه القرينة أن الغالب فى العمل أن يستوفى أصحاب المهن الحرة الذين حددناهم حقوقهم من عملائهم فور انتهاءهم من خدماتهم ، أو فى الأقل بعد وقت لا يطول كثيراً . فإذا انقضت خمس سنوات على انتهاء صاحب المهنة الحرة ، الطبيب ، مثلاً ، من خدماته ، أقام القانون قرينة على حصول الوفاء بحقه ، وخول للدين الاحتيا وراءها .

وقرينة الوفاء التى تترتب على التقادم الخسئ هنا هى قرينة كاملة . بمعنى أنها لا تحتاج إلى تعزيز من المدين بأن يؤدى يمينا على أنه أدى الدين ، بخلاف ما ستراه بالنسبة إلى قرينة الوفاء التى تنشأ عن التقادم الحولى . وهكذا لا يسوغ أن يُطلب من المدين هنا أن يحلف بأن ذمته لم تعد مشغولة بالدين ، وإنما يكفيه أن يتمسك بالتقادم ؛ فإن فعل ، نهض التقادم قرينة كاملة على حصول الوفاء بما عليه لدائته .

وإنما يلزم بطبيعة الحال ، للتمسك بقرينة الوفاء المترتبة على التقادم ، ألا يصدر من المدين ما يتجافى معها . فهو يتمسك بالتقادم يحتج وراء القرينة التي يستخلصها القانون منه على حصول الوفاء بالدين . فإن صدر منه ما يكذب هذه القرينة ، ما كان له بعد ذلك أن يحتج وراءها . لأنه يصح له بداهة أن يحتج وراء مظهر يعترف هو نفسه بكذبه . وهكذا إذا اعترف المدين صراحة أو ضمناً بأنه لم يف بالدين الذي عليه ، ما ساع له التمسك بالتقادم المحسنى . ومثال الاعتراف الضمني بعدم الوفاء أن يطالب الطبيب مريضه باتعاب علاجه ، فيدعى هذا بأن الطبيب لم يعالجه أصلاً ، ثم يثبت للقاضي أنه عالجه ؛ فنزاعة المريض هنا تنطوى على إقرار ضمني بأنه لم يدفع للطبيب اتعابه .

وقرينة الوفاء المترتبة على التقادم هي قرينة قاطعة . فلا يجوز لصاحب المهنة الحرة أن يدحضها بإقامة الدليل على أنه لم يستوف حقه .

ويترتب على اعتبار التقادم المحسنى ، فى سريانه على حقوق أصحاب المهن الحرة ، منطقياً على قرينة الوفاء بهذه الحقوق ، أنه لا يسرى عليها إلا طالما بقيت غير ثابتة فى محرر مكتوب . لأن تحرير سند بحق من هذه الحقوق يعنى توقع عدم وفائه فى وقت قريب ، أو هو فى الأقل يستوجب أن يأخذ المدين من دأته مخالصة بما يوفيه . وعلى ذلك ، فلا يسوغ للمدين هنا أن يحتج وراء التقادم المحسنى ، وإنما له أن يتمسك فقط بالتقادم الطويل أو العادى الذى يقوم على انقضاء ١٥ سنة . وفى ذلك تقضى المادة ٣٧٩/٢ بأنه : « وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق (حقوق أصحاب المهن الحرة المذكورين فى المادة ٣٧٩ والحقوق التى يسرى عليها التقادم الحولى والمذكورة فى المادة ٣٧٨) ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » . ويبدأ سريان التقادم الطويل هنا من وقت تحرير السند ، اعتباراً بأن هذا التحرير يتضمن إقراراً من المدين بالحق ، وهذا الإقرار يقطع التقادم . معنى أنه يزيل المدة السابقة على حصوله .

٣٢٤- التقادم الضريبي

إلى جانب الحقوق التي تتقادم بثلاث سنوات بمقتضى النصوص المتفرقة فى القانون ، تتقادم أيضا بهذه المدة الضرائب والرسوم المستحقة للدولة والحق فى استرداد ما دفع منها بغير حق ، وذلك ما لم يوجد نص خاص يقضى بتقادم ضريبة معينة أو رسم بمدة مختلفة . وفى ذلك تقضى المادة ٣٧٧ بأنه : ١٠ - تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ، ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة . ٢ - ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها . ٣ - ولا تمل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة . . فالأصل فى الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أن تتقادم بثلاث سنوات . ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التى يقضى فيها نص خاص بتقادم الضريبة أو الرسم بمدة مغايرة . ومثال هذه الحالات ما تقضى به المادة ٩٧/١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ من تقادم الضريبة المفروضة على إيرادات رموس الأموال المنقولة وعلى الأرباح الصناعية والتجارية وعلى كسب العمل بخمس سنوات ، وما يقضى به القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ من تقادم الضريبة العامة على الإيراد بخمس سنوات أيضا^(١) .

وكأن الأصل هو أن الضرائب والرسوم المستحقة للدولة تتقادم بثلاث سنوات ، فإن الأصل كذلك أن الحق فى استرداد ما يدفع للدولة بغير وجه حق على أنه ضرائب أو رسوم يتقادم بثلاث سنوات أيضا ، على أن يبدأ

(١) فقد نصت المادة ٢٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بشأن الضريبة العامة على الإيراد على أن تطبق بشأن هذه الضريبة ، أحكام المواد من ٨٨ إلى ١٠٣ من قانون رقم ١٤ لسنة ١٣٩ الخاص بضريبة إيرادات رموس الأموال المنقولة والأرباح الصناعية والتجارية وكسب العمل . ومن بين المواد المحال عليها المادة ٩٧ التى تقضى بتقادم الضريبة بخمس سنوات .

التقادم هنا من يوم الدفع . ويستثنى من هذا الحكم الحالات التى يقضى فيها نص خاص بالتقادم بمدة مغايرة .

والتقادم الخاص بالضرائب والرسم لا يرجع فى أساسه لقرينة الوفاء ، بخلاف ما رأيناه بالنسبة إلى تقادم حقوق بعض أصحاب المهن الحرة وما ستراه بالنسبة إلى التقادم الحولى . وإنما يرجع أساسه إلى الرغبة فى عدم ترك الديون على المدين إلى حد يجاوز السعة . ويترتب على ذلك أنه يجوز للممول أن يتمسك بتقادم الضريبة أو الرسم المفروض عليه ، حتى لو اعترف بأنه لم يف بما هو مستحق عليه منهما .

٣٢٥ - التقادم السنوى أو الحولى

رأينا فيما سبق أنه ، وإن كانت القاعدة العامة أن الحقوق تتقادم بخمس عشرة سنة ، إلا أن هناك حقوقاً نص القانون استثناء على تقادمها بخمس سنوات وأخرى بثلاث . وثمة تقادم استثنائى من نوع ثالث يقوم على اقتضاء مدة بالغة القصر ، هى سنة واحدة أو حول واحد . وهذا هو التقادم السنوى أو الحولى ، كما يطلق عليه فى غالب الأحيان . وقد تضمنته المادة ٣٧٨ .

وجماع الحقوق التى يسرى عليها التقادم السنوى أو الحولى أنها يوفى بها فى العادة فور استحقاقها أو بعد ذلك بفترة وجيزة يندر أن تتجاوز العام الواحد . وترتد هذه الحقوق إلى الثلاثة الأنواع الآتية :

أولاً : حقوق التجار والصناع عن أشياء وردودها لأشخاص لا يتجرون فيها : لحقوق التجار والصناع المترتبة على قيامهم بتوريد الأشياء التى يتجرون فيها أو يصنعونها لمستهلكيها تقادم بعام واحد . ومثال ذلك الحق الناشئ للخباز عن توريد الخبز ، وللجزار عن توريد اللحوم ، وللبقال عن توريد مواد البقالة ، وللفاكهى عن توريد الفاكهة ، ولصانع الأحذية عن توريدها ، ولصاحب مصنع المنسوجات عن توريد الأقمشة . ويلزم أن يحصل التوريد للمستهلك ، بمعنى أن يكون مفهوماً بين التاجر أو الصانع والعميل أن الصفقة

معقودة لاستهلاك هذا الأخير ولمن يعول . أما إذا قصد من الصفقة إنجاز العمل في الأشياء التي ابتاعها ، فإن التقادم الحولي لا يسرى على ما يستحق عنها ، وإنما يسرى عليه التقادم العادي ، أي التقادم بخمس عشر سنة .
ووفقاً للمادة ١/٣٧٩ ، يبدأ سريان التقادم الحولي من الوقت الذي يتم فيه التاجر أو الصانع تقديمه ، أي توريده للأشياء ، حتى لو استمر يؤدي تقدمات أخرى ، أي حتى لو استمر في توريد أشياء أخرى . والظروف هي التي تبين متى يعتبر التوريد قد تم . فإذا انفق صراحة أو ضمناً على أن العميل يدفع ما عليه صفقة بصفقة ، بدأ التقادم بالنسبة إلى كل صفقة على حدة ، من يوم عقدها . وإذا انفق صراحة أو ضمناً على أن العميل يأخذ من التاجر أو الصانع ما تقتضيه حاجته ، ثم يدفع المستحق عليه في نهاية كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر ، فإن التوريد يعتبر أنه قد تم بانتهاء الوحدة الزمنية المتفق عليها ، ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى المستحق عنها من وقت انقضائها .

ثانياً : حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة و ثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم : فما يستحق لصاحب الفندق^(١) على النزيل ، نظير تقديم المأوى والطعام والشراب له ولأفراد أسرته وخدمه ومدعويه وحيواناته كالكلاب والخيول وإيداع أشياءه كالسيارة وتموينها بالبزير ، وما يصرف لحسابه ، كما إذا اشترى شيئاً ودفع صاحب الفندق ثمنه عنه ؛ كل هذا يتقادم بسنة واحدة^(٢) . ويتقادم أيضاً بنفس المدة ما يستحق لصاحب المطعم على عميله نظير تقديمه الطعام والشراب . وكما هي الحال بالنسبة إلى حقوق التجار والصناع ، يسرى التقادم هنا بالنسبة إلى كل مقدمة على حدة

(١) ويلاحظ أن مؤجر الغرف المفروشة لا يعتبر صاحب فندق . وعلى ذلك فلا يسرى التقادم الحولي على ما يستحق له قبل المستأجر . وإنما يسرى هنا التقادم الحلي على الأجرة ، باعتبارها متضمنة حقاً دورياً متجداً (المادة ٣٧٥) .

(٢) أما الحلي الذي يثبت لصاحب الفندق على النزيل بسبب إغلافه الأدوات ، فلا يسرى عليه التقادم الحولي .

من وقت انتهاء تقديمها ، حتى لو استمر صاحب الفندق أو المطعم يؤدي تقديمات أخرى (المادة ١/٣٧٩) .

ثالثاً : حقوق العمال والخدم والأجراء المتعلقة بأجورهم وبما يوردونه من أشياء : فأجر العامل ، سواء أ كان يعمل في مصنع أو متجر أو في مزرعة ، وأجر الخدم كالسفرجي والطباخ والبواب والبستاني وسائق السيارة ^(١) ، وأجر أصحاب الحرف الصغيرة كالكهربائي والسباك والميكانيكي عن خدماتهم ؛ كل هذه الأجور تتقدم بسنة واحدة من وقت استحقاقها ، حتى لو استمر أصحابها يقدمون خدمات أخرى : وكذلك يتقدم بسنة واحدة ما يستحق للعمال والخدم والأجراء على مخدوميهم نظير ما قاموا به من تزيينات ، كما إذا قدم ميكانيكي السيارة بعض لوازم الإصلاح .

وأساس التقدم الحولي هو قرينة الوفاء . فوفقاً للعادی والمألوف من شئون الحياة ، تدفع الحقوق التي تخضع له فور استحقاقها ، أو بعد ذلك بمدة وجيزة يندر جداً أن تتجاوز في مداهما السنة . فيكاد لا يحصل عملاً أن يتأخر العامل أو الخادم أو صاحب الفندق في استيفاء مطلوبه قبل رب العمل أو المخدوم أو الزيل سنة كاملة . وقد تمشى المشرع مع هذا الوضع الغالب وعمم حكمه على النادر ، جامعاً من فوات السنة على استحقاق الدين قرينة على استيفائه .

وإذا كان التقدم الحولي يرجع في أساسه إلى قرينة الوفاء ، فهو بهذه المثابة يتشابه مع التقدم الخمسي الذي يسرى على حقوق بعض أصحاب المهن الحرة . بيد أن التشابه بين هذين النوعين من التقدم ليس تاماً . ففي حين أن القرينة المستفاد من التقدم الخمسي الذي يسرى على حقوق بعض أصحاب المهن الحرة هي قرينة كاملة ، بمعنى أنها لا تحتاج إلى تأييد أو تعزيز ، بل إن

(١) وتلاحظ التفرقة بين حقوق العمال والخدم ، من ناحية ، ومرتبات وأجور ومساكن الموظفين والمستفيدين سواء أ كانوا حكوميين أو يملكون في مشروعات خاصة ، من ناحية أخرى . فالحقوق الأولى تتقدم بسنة واحدة ؛ في حين أن الحقوق الثانية تتقدم بخمسة سنوات ، اعتباراً بأنها حقوق دوريه ومتجددة .

التقادم بذاته وبمجردة يكفي لإقامتها ، نجد أن القرينة المستفادة من التقادم الحولي ناقصة ، بمعنى أن التقادم بذاته وبمجردة لا يكفي لإقامتها ، وإنما يلزم أن يُعزّر في ذلك بأداء اليمين . فبخلاف الحال في التقادم الجنسي ، لا يكفي أن يحتج المدّين وراء تمسكه بالتقادم الحولي . وإنما يجب ، فضلاً عن تمسكه بهذا التقادم ، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً . وعلى القاضى أن يوجه اليمين ، ولو من تلقاء نفسه ؛ بحيث إنه لو قضى برفض دعوى الدائن لمجرد تمسك المدّين بالتقادم الحولي ، ومن غير أن يحلف هذا الأخير الدين على أدائه الدين ، كان حكمه خاطئاً . وإذا كان المدّين الأصلي قد مات ، فإن اليمين توجه إلى الورثة ، إن كانوا راشدين ، وإلى أوصيائهم إن كانوا قصرأ ؛ وهنا يجب على الورثة أو الأوصياء أن يقسموا ، وفقاً لما يرونه ، على أنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو على أنهم يعلمون بحصول الوفاء . وفي هذا كله تقضى المادة ٢/٣٧٨ بأنه :

٢ - ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً . وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه . وتوجه إلى الورثة المدّين أو أوصيائهم ، إن كانوا قصرأ ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء .

يخلص مما سبق أن قرينة الوفاء التى تستخلص من التقادم الحولى هى قرينة ناقصة ، لا تكتمل لها مقوماتها إلا بأداء اليمين من المدّين على أنه أدى الدين فعلاً ، أو من ورثته أو أوصيائهم ، إن كانوا قصرأ ، على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء به . فإن حصل التسكول عن اليمين ، ما أفلح التقادم فى أن يقوم قرينة على حصول الوفاء بالدين ، وما ساغ بالتالى التمسك به . بل إن التسكول عن اليمين يعتبر هنا إقراراً ضمناً بوجود الدين ، فينقطع التقادم ، بمعنى أن تزول المدة السابقة ، ويبدأ تقادم جديد ، تكون مدته خمس عشرة سنة ، وليس سنة واحدة (المادة ٢/٣٨٥) .

أما إذا أدبت اليمين ، قام التقادم المعزّز بها قرينة قانونية قاطعة على حصول الوفاء بالدين ، ووجب على القاضى الحكم بانقضائه . ولا يسوغ هنا للدائن أن يثبت أنه لم يستوف الدين .

ويلاحظ أنه يترتب على إرجاع التقادم الحولى في أساسه إلى قرينة الوفاء أنه لا يسوغ للمدين أن يتمسك به ، إذا صدر منه ما يكذب هذه القرينة ، كما إذا اعترف صراحة أو ضمناً بأنه لم يوف الدين . وكذلك لا يسوغ التمسك بالتقادم الحولى ، إذا كان قد حرر سند ثبت الحق ؛ بل إن التقادم الذى يسرى هنا هو التقادم الطويل الذى يقوم على انقضاء ١٥ سنة ، على أن يبدأ سريانه من وقت تحرير السند (المادة ٣٧٩/٢) . وفى هذين الأمرين يتشابه التقادم الحولى تماماً مع التقادم الخمسى الذى يسرى على حقوق بعض أصحاب المهن الحرة . ونجزم هنا بالإحالة على ما قلناه فى هذا الشأن بصدد هذا التقادم الأخير .

٣٢٦ — حرمان جواز التنازل على تعديل مدد التقادم

بينما فيما سبق المدد المتغيرة التى تقادم بها الحقوق المختلفة . وأياً ما كانت مدة التقادم ، فلا يسوغ الاتفاق على تعديلها ، لا تطويلاً ولا تقصيراً . فالقانون وحده هو الذى يحدد مدد التقادم . وهذا التحديد يمس النظام العام ، لأنه يستهدف فى النهاية استقرار المعاملات بين الناس . فكل اتفاق يخالف هذا التحديد يقع باطلاً . وكما يبطل الاتفاق على تعديل مدة التقادم ، يبطل أيضاً نزول المدين عن التمسك به ، قبل ثبوت حقه فيه . وقد ركز المشرع الحكيم السابقين فى المادة ١/٣٨٨ التى تقضى بأنه : ١٠ — لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون .

أما إذا اكتسبت مدة التقادم ، ساغ للمدين أن ينزل عن التمسك به ، سواء أتى نزوله هذا صريحاً أو استخلص ضمناً من الظروف (المادة ٢/٣٨٨) . وسنعود إلى ذلك بعد قليل .

٣٢٧ — كيفية انقضاء مدة التقادم

بعد أن حددنا المدد المختلفة التى يقوم عليها التقادم ، يلزمنا بطبيعة الحال

أن نبين كيفية احتسابها . وفي هذا المجال ، تناول القواعد التي تراعى في احتساب هذه المدد ، والوقت الذي يبدأ سريانها فيه ، ثم ما يطرأ عليها من أسباب الوقف والانقطاع .

٣٣٨ - القواعد التي تراعى في احتساب مدة التقادم

مدة التقادم ، أياً كان مقدارها ، تحسب بالتقويم الميلادى لا الهجرى (المادة ٣) ، بخلاف ما كان سائداً تحت ظل القانون القديم . وتحسب المدة بالأيام لا بالساعات ؛ ولا يدخل اليوم الأول في الحساب ؛ ولكن مدة التقادم تكمل بانقضاء آخر يوم منها (المادة ٣٨٠) . وتدخل في حساب المدة ما يقع خلالها من أيام الأعياد والعطلات الرسمية . ولكن إذا وقع آخر يوم من مدة التقادم في يوم عيد ، استمر سريانها إلى أول يوم من أيام العمل ، بحيث يقع صحيحاً ما يتخذ خلال هذا اليوم من إجراءات قطع التقادم ؛ وذلك قياساً على ما يقضى به قانون المرافعات في هذا الشأن .

وغنى عن البيان أنه إذا انتقل الحق في مظهره الإيجابى من الدائن إلى غيره ، أو انتقل في مظهره السلبي من المدين إلى غيره ، فإن مدة التقادم التي انقضت في مواجهة السلف تضم إلى تلك التي انقضت في مواجهة الخلف . فإذا مات الدائن ، مثلاً ، أو حول حقه حال حياته إلى آخر ، بعد أن انقضت عشر سنوات على استحقاق أدائه ، وجب على خلفه (الوارث أو المحال له على حسب الأحوال) ، لكي يكون بمنجاة عن التقادم الطويل الذى يفترض سريانه هنا ، أن يطالب بالحق قضاء أو يصل إلى قطع تقادمه بأى سبب آخر ، خلال مدة الخمس السنوات التالية . وإذا حول المدين دينه إلى آخر بعد استحقاق أدائه بعشر سنوات ، ساغ للمحال عليه به أن يتمسك بالتقادم الطويل ، إن كان هو الواجب سريانه ، بعد خمس سنوات تالية . وإذا مات المدين بعد استحقاق أداء الدين بعشر سنوات ، ساغ لورثته ، باختيارهم أصحاب حق في المتخلف من تركته ، أن يتمسكوا بالتقادم الطويل بعد انقضاء خمس سنوات .

٣٢٩ - برء سريان التقادم

القاعدة العامة أن التقادم ، أيأما كانت مدته ، يبدأ سريانه من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء . ولا يتغير هذا الحكم إلا إذا قضى القانون بخلافه . وفي هذا تنص المادة ١/٣٨١ على أنه : « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء » .
ونجد فعلاً بعض نصوص في القانون تقرر أن سريان التقادم يبدأ ، في حالات خاصة ، في وقت يختلف عن ذلك الذي يصير الدين فيه مستحق الأداء ، سواء في تاريخ لاحق له أو سابق عليه .

ومثال النصوص التي تقرر بدء التقادم في تاريخ لاحق لاستحقاق أداء الدين المادة ١/١٧٢ التي تقضى بأن حق التعويض الناشئ عن العمل غير المشروع يتقادم باقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه ، أو باقضاء خمس عشرة سنة من وقت وقوع العمل غير المشروع ذاته ، أي المدين أقصر ؛ فهذه المادة تجعل تقادم حق التعويض بثلاث سنين يبدأ من الوقت الذي يتوافر فيه للمضرور عليه بالضرر وبالمسؤول عنه ؛ وهو وقت نال بالضرورة لتاريخ استحقاق التعويض ، حيث يتحدد هذا التاريخ الثاني بوقت وقوع العمل غير المشروع (١) .

أما الحالات التي يبدأ فيها سريان التقادم في تاريخ سابق لاستحقاق الدين فقد تضمنتها المادة ٣/٣٨١ ، حيث جاءت تقول : « ٣٠ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن

(١) ومن أمثلة النصوص التي تقرر بدء سريان التقادم في تاريخ لاحق لاستحقاق الدين كذلك المادة ١٨٠ التي تقضى بأن دعوى الإثراء بلا سبب تتقادم ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الحسارة بحقه في التعويض ، مع مراعاة أن هذه الدعوى تنقضى على أية حال بعد ١٥ سنة من يوم نفاذ حق التعويض . ومن الأمثلة السابقة أيضاً المادة ١٧٨ بالنسبة إلى تقادم دعوى استرداد ما دفع بغير حق بثلاث سنوات ، والمادة ١٩٧ بالنسبة إلى تقادم دعوى الفضالة بثلاث سنوات .

فيه الدائن من إعلان إرادته . ففي جميع الحالات التي يترك فيها تحديد ميعاد الوفاء بالدين لإرادة الدائن ، كما إذا التزم المدين بأن يدفع الدين عند الطلب أو عند الاطلاع على السند المثبت له ، يبدأ سريان التقادم من الوقت الذي يستطيع فيه الدائن الإفصاح عن إرادته في اقتضاء حقه من الدين ، حتى لو لم يطلب منه اقتضائه بالفعل ، أى في وقت سابق على ذلك الذي يصير الحق فيه واجب الأداء ، لأن الحق لا يصبح كذلك إلا إذا طالب الدائن مدينه فعلاً بالوفاء . ويعتبر الدائن مستطيعاً مطالبة المدين بحقه من وقت نشأته ، إلا إذا أثبت أنه لم يتمكن منها إلا في تاريخ لاحق . وهكذا نصل إلى أن سريان التقادم ، بالنسبة إلى الحقوق التي يترك تحديد الوفاء بها لإرادة الدائن ، يبدأ من وقت نشأتها ، إلا إذا أثبت الدائن أنه لم يتمكن من إعلان إرادته في اقتضاها من المدين إلا في تاريخ لاحق ، حيث يبدأ سريان التقادم من هذا التاريخ .

يظهر مما سبق أن هناك نصوصاً قانونية خاصة تقرر في حالات معينة بدء سريان التقادم في وقت يختلف عن ذلك الذي يصير فيه الدين مستحق الأداء . فإن لم يوجد نص من هذا النوع ، كنا في حين القاعدة العامة التي تقضى بأن سريان التقادم يبدأ من وقت استحقاق أداء الدين . فطالما أن الدين لم يستحق أدائه ، فإن تقادمه لا يبدأ في السريان . ولكن في الوقت الذي يصير الدين فيه مستحق الأداء . وبمعنى أدق في اليوم التالي لذلك الذي يصبح فيه الدين كذلك ، يبدأ التقادم في سريانه ، ما لم يعترضه سبب يقفه . وعلى وجه الخصوص ، كما تقضى المادة ٣٨١/٢ ، « لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ^(١) » ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي ثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل ، إلا من الوقت الذي ينقضى فيه الأجل .

(١) أما الشرط الفاسخ ، فهو لا يحول ، كما سبق أن رأينا ، دون استحقاق أداء الدين ؛ وهو لذلك لا يمنع من سريان تقادمه .

٣٣٠ - وقف التقادم

لكي يحدث التقادم أثره ، يلزم أن يسرى طوال المدة المحددة له . وقد يلحقه أو يطرأ عليه عارض يقف سريانه إلى أن يزول ؛ فإذا ما زال هذا العارض ، استأنف التقادم سريانه من النقطة التي وقف عندها . وهذا ما يسمى بوقف التقادم .

وقد تضمنت المادة ٣٨٢ الأسباب التي تؤدي إلى وقف التقادم . ومنها يبين أن هذه الأسباب ثلاثة ؛ هي الآتية :

١ - وجود مانع يتعذر معه على الدائن مطالبة المدين بحقه عليه . ويستوى في ذلك المانع المادى والأدى . وفي هذا تقضى المادة ٣٨٢/١ في شطرها الأول بأنه : « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً ... » .

هكذا فالمانع الذى يتعذر معه على الدائن مطالبة المدين بحقه ينهض سبباً لوقف التقادم ، سواء أ كان مادياً أم أدبياً . ولا يلزم هنا ، لكي يعتبر أمر معين مانعاً يؤدي إلى وقف التقادم ، أن يجعل مطالبة الدائن مدينه بحقه مستحيلة بصفة مطلقة ؛ وإنما يكفي أن يجعل تلك المطالبة متعذرة عليه . فالمانع الذى يقف التقادم لا يتحتم أن يصل إلى مرتبة القوة القاهرة .

ويقصد بالمانع المادى العقبة التي يتعذر معها مادياً على الدائن أن يطالب مدينه بحقه عليه . ومثال ذلك قيام حرب أو ثورة ووقوع الدائن في الاعتقال أو الأسر ، وانقطاع المواصلات بسبب فيضان أغرق الأرض أو مرض تفشى في المنطقة أو لآى سبب آخر ، واتحاد الذمة باجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد ، إذا زال سببه فيما بعد بأثر رجعى^(١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بشأن اتحاد الذمة ، باعتبارها مانعاً مادياً يقف التقادم ، إذا ما زال سببه بأثر رجعى ، ما يأتي : « وتجيد الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعي من موانع سريان المدة . فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتي الدائن والمدين زوالاً مستنداً وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التي تمحق الاتحاد خلالها » . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ص ٣٢٩ .

أما المانع الأدبي، فهو الأمر الذى يتعذر معه أدياً على الدائن أن يطالب مدينه بحقه عليه، مطالبة تنطوى على المثابة والوصول بها عند الضرورة إلى القضاء، إما بدافع الخشية أو الرهبة أو الاحترام المبالغ الذى يشعر به الدائن نحو مدينه أو حرصه على ألا يتعكر صفو المحبة والوثام الذى يظلهما معاً. ومثال المانع الأدبي علاقة الزوجية، وعلاقة القرابة المقربة كعلاقة الأب بابنه أو أمه والأخ بأخيه أو أخته، وعلاقة الصداقة العميقة، وعلاقة الخادم بسيده. وقد سردنا الأمثال السابقة، اعتباراً بالوضع العادى المألوف، وهو الوضع الذى تسوده المحبة والوثام أو الخشية والرهبة، على حسب الأحوال. أما إذا تعكر صفو العلاقة، كما إذا سادت علاقة الزوج بزوجه أو الأب بابنه أو الأخ بأخيه الشحنة والبغضاء، وعلى الأخص إذا ثبت قيام القضايا بينهما، فإن علاقتهما لا تهض مانعاً أدياً يقف التقادم.

ويلاحظ أنه لا ينظر إلى الموانع التى من شأنها أن تقف التقادم، سواء أ كانت مادية أم أدبية، بمقيار مادية بل بمقيار شخصى. فبخلاف الأمور الجسيمة التى تصل إلى مرتبة القوة القاهرة، كالخرب والثورة والفيضان، لا يمكن القول بصفة مطلقة بأن أمراً معيناً يتضمن دائماً أبداً مانعاً ماديّاً أو أدبياً من شأنه أن يقف التقادم أو بأنه لا يتضمنه. فالعبرة بحالة الدائن وبالظروف التى تكتنفه وبعلاقته بالمدين، من حيث إنها تجعل مطالبة المدين بحقه متعذرة عليه أو لا تجعلها كذلك. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان العذر الذى يدعيه الدائن يرتقى حقيقة إلى مرتبة المانع الذى يؤدى إلى وقف التقادم أو لا يرتقى إليها. وهو فى تقديره هذا، يقضى فى مسألة متعلقة بالوقائع، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض.

٢ - والسبب الثانى لوقف التقادم هو قيام علاقة النيابة. فالتقام يقف بين الأصيل والنائب، ما بقيت النيابة قائمة (المادة ٣٨٢/١ فى آخرها). وسواء فى ذلك أن تكون النيابة اتفاقية، أم قانونية، فالتقام يقف بين الولى أو الوصى وصغيره، وبين القيم ومجبره، وبين الشخص المعنوى

ونائبه ، وبين الوكيل والموكل في حدودها ما تشمله الوكالة .

٣ - ويقف التقادم ، في النهاية ، لصالح عديمي الأهلية وناقصيها والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن لهم من يمثلهم قانوناً (المادة ٣٨٢/٢) . فوقف التقادم بالنسبة إلى كل هؤلاء مشروط بعدم وجود من يمثلهم قانوناً . وقد استحدثت قانوننا الحال هذا الشرط بعد أن كان قانوننا الملغى يقرر وقف التقادم بالنسبة إلى ناقصي الأهلية بصفة مطلقة ، أى سواء أوجد هناك من يمثلهم قانوناً أم لم يوجد . وقد استمدد من القانون البرتغالى ، مراعيًا في تقريره أن النائب يحل محل الأصيل في الدفاع عن مصالحه ؛ فإن هو أهل في المطالبة بحقوقه ، كان عليه وحده غرم ما يفعل . وهكذا فالصغير ، مثلاً ، يقف التقادم الذى يسرى ضده ، إلى حين أن يعين له وصى ، أو إلى حين أن يبلغ رشده ؛ فإذا ما عين له وصى أو بلغ رشده ، زال وقف التقادم ، واستأنف بالتالى سريانه . وكذلك الحال بالنسبة إلى المجنون أو المعتوه ؛ فالتقادم السارى ضده يقف بمجرد أن يصيبه العارض ، حتى لو لم يحجر عليه ؛ ولكن إذا تعين له قيم ، انتهى وقف التقادم من تاريخ حصول هذا التعيين .

هذه هى الأسباب التى تؤدى إلى وقف التقادم . وترتد كلها إلى فكرة أساسية واحدة ، هى تعذر مطالبة الدائن بحقه من المدين ، ووجوب ألا يضار بذلك ، لاستناد سكوتة عن المطالبة إلى مبرر مشروع (١) . وهى ليست كلها على درجة واحدة من الشمول وبعد المدى . فالسيان الأولان ، ونفى بهما وجود المانع المادى أو الأدبى وقيام علاقة الأصيل بالنائب ، شاملاً الأثر ؛ بمعنى أنهما يقفان سريان التقادم أياً ما كانت مدته ، أى سواء أكان تقادماً طويلاً يتم بانقضاء ١٥ سنة ، أم تقادماً خفياً أم ثلاثياً أم حوياً .

(١) وبهذا يقترب نظام وقف التقادم في القانون المباشر مع نظام المنذر المزعى في الشريعة الإسلامية ، حيث تجعل عدم جواز نظر الدعوى عند الإنكار ، بسبب كسب المدة على عدم رفضها ، مشروطاً بانتفاء المنذر المزعى .

أما السبب الأخير ، وهو الذى يتضمن وقف التقادم الذى يسرى إضراراً بعدى الأهلية ونقصها والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن لهم من يمثلهم قانوناً ، فهو لا يتعلق إلا بالتقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات (المادة ٣٧٢^٢) ، أى أنه لا يتعلق إلا بالتقادم الطويل الذى يتم باقضاء خمس عشرة سنة وحده ، دون التقادم الخمسى والثلاثى والحولى.

٣٣١ - أثر وقف التقادم

بيننا فيما سبق الأسباب التى تؤدى إلى وقف التقادم . وزيد هنا أن نحدد أثر هذا الوقف ، إذا ما قام سببه . ويتركز هذا الأثر فى عدم احتساب المدة التى استمر الوقف خلالها ، دون مساس بالمدة السابقة عليه ، إن كان ثمة مدة^(١) فوق التقادم ، بخلاف انقطاعه ، لا يزيل أثر المدة السابقة على حصوله ؛ بل كل أثره يقتصر على عدم إدخال الفترة التى استمر قائماً خلالها فى حساب المدة اللازمة للتقادم ؛ بحيث إنه إذا زال سبب الوقف ، استأنف التقادم سريانه من النقطة التى وقف عندها . فإن كان هناك ، مثلاً ، حق يتقادم بخمس عشرة سنة ، واقتضى على استحقاقه عشر سنوات ، ثم مات الدائن ، وخلفه فيه ابنه القاصر ؛ هنا يوقف التقادم لصالح القاصر فور ثبوت الحق له ، أى فور موت أبيه ؛ ويظل الوقف قائماً إلى أن يعين له وصى أو إلى أن يبلغ رشده ، أى الحدثين يقع أولاً ؛ فإذا فرض أن عين له وصى بعد سنة من موت أبيه ، فإن التقادم يقف خلال هذه السنة ، وينتهى بفواتها ؛ وعندئذ يستأنف التقادم سريان مع اللحظة التى وقف فيها ، الأمر الذى يؤدى إلى احتساب مدة العشر السنوات التى انقضت على الحق فى حياة الدائن الأصل ،

(١) فوقف التقادم ، كما قد يطرأ خلال مدة سريانه ، فقد يطرأ قبل أن يبدأ سريانه . وعمل ذلك إذا قام سبب الوقف فى الوقت الذى أصبح الدين فيه مستحق الأداء . وهنا يظل التقادم موقوفاً حتى يزول سبب الوقف . فإذا ما زال ، بدء سريان المدة ، دون احتساب مدة سابقة ، لعدم وجودها .

وعدم احتساب السنة التي تلت وفاته إلى وقت تعيين الوصى لابنه ، ثم استئناف سريان التقادم بعد ذلك ؛ وهكذا يبقى لسقوط الحق بالتقادم أن يستمر السكوت عن المطالبة به خمس سنوات أخريات تبدأ من وقت تعيين الوصى .
وأثر وقف التقادم نسبي . ومعنى ذلك أنه لا يصح الاحتجاج به إلا لمن قام به سببه ، وإلى الوقت الذي يستمر فيه هذا السبب قائماً بالنسبة إليه ، دون مراعاة لحالة غيره ؛ كما أنه لا يصح الاحتجاج به إلا في مواجهة الشخص الذي توافر سببه بالنسبة إليه . وتطبيقاً لهذه الفكرة ، إذا كان هناك عدة دائنين متضامنين بحق واحد ، وتوافر لأحدهم سبب لإيقاف التقادم دون الآخرين ، كما لو كان قاصراً ليس له ولي أو وصي ، في حين أن الباقيين راشدون ، فإن التقادم يقف هنا لصالحه وحده ، الأمر الذي قد يترتب عليه انقضاء الحق بالنسبة إلى غيره ، مع بقاءه قائماً بالنسبة إليه ، في حدود حصته (المادة ١/٢٨٢) . وتطبيقاً لفكرة نسبية أثر وقف التقادم أيضاً ، إذا كان هناك مدينون متضامنون بدين واحد ، وقام سبب الوقف لصالح الدائن في مواجهة أحد المدينين دون الباقيين ، كما لو قام بينهما المانع الأدبي بسبب علاقة الزوجية أو القرابة المقربة ، فإن التقادم لا يقف إلا لإضراراً بهذا المدين وحده ، ولا يحتاج بهذا الوقف في مواجهة الباقيين ^(١) (المادة ٢/٢٩٢) ؛ الأمر الذي قد يترتب عليه بقاء الدين قائماً بالنسبة إليه ، في حدود حصته ، وانقضاؤه بالنسبة إلى غيره .

٣٣٣ - انقطاع التقادم

يقصد بانقطاع التقادم أو قطعه أن يعترضه عارض يزيل أثر المدة التي انقضت منه ؛ بحيث إنه لو كف هذا العارض عن إنتاج أثره ، وجب أن تبدأ مدة جديدة للتقادم ، دون أن تضم إليها الفترة السابقة على حصوله . فإذا مضى ، مثلاً ، على استحقاق أداء الدين أربعة عشر عاماً ، ولم يبق لا كنهال

(١) راجع ما سبق ، بقية ١٧٠ .

تقادمه إلا عام واحد ، ثم انقطع تقادمه ، زال أثر كل هذه المدة ؛ بحيث إنه لو زال الانقطاع بعد ذلك ، وجب لتقادم الدين ، انتضاء مدة جديدة يبدأ سريانها من تاريخ هذا الزوال .

٢٣٣ — أسباب انقطاع التقادم

ينقطع التقادم بأحد الأسباب الآتية .

١ — المطالبة القضائية : فالمطالبة القضائية بالحق ، أى المطالبة به أمام القضاء ، تقطع تقادمه (المادة ٣٨٣) . وسواء فى هذا أن تحصل هذه المطالبة بدعوى أم بدفع . فإذا رفع الدائن دعوى على مدينه يطالبه فيها بحقه ، انقطع التقادم ابتداء من وقت إعلان المدين بعريضة الدعوى ؛ إذ أن الدعوى تعتبر مرفوعة من تاريخ وصول هذا الإعلان إلى المدعى عليه أو إلى موطنه . وكذلك ينقطع التقادم إذا طالب الدائن مدينه بحقه عن طريق الدفع . ومثال ذلك أن يرفع (١) دعوى يطالب فيها (ب) بحق يدعيه عليه ؛ فىأتى (ب) ويدفع الدعوى المرفوعة ضده بإدعاء حتى له فى مواجهة (١) ، ويطلب القصاص به فيما عليه ؛ هنا يعتبر (ب) أنه طالب بدوره بحقه قضاء ، فينقطع تقادمه .

ويجب ، لاقطاع التقادم ، أن تكون المطالبة قضائية ، بمعنى أن ترفع إلى المحكمة ، أو فى الأقل إلى جهة إدارية لها اختصاص قضائى . فلا تكفى المطالبة الودية ، حتى لو تضمنها خطاب مسجل أو بعلم وصول . بل لايقطع التقادم الإنذار الرسمى الذى يوجهه الدائن إلى مدينه على يد محضر يطالبه فيه بالوفاء^(١) . ولا يكفى أيضاً التظلم إلى الجهات الإدارية من قعود المدين عن أداء دينه . ولا يقطع التقادم اتخاذ الإجراءات التحفظية ، كوضع الاختام على أموال المدين المتوفى . وكطلب تعيين قيم على المدين الذى يعتريه جنون أو عته ؛

(١) وقد تضمن مشروع القانون نصا يقضى بانقطاع التقادم بالإنذار الرسمى . ولم يأت هذا النص فى القانون . فقد حدثته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ « ولكن تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق فى انتضاءه وتحفره لذلك ، فلا يكفى مجرد إرسال إنذار رسمى من حين لى آخر » أنظر مجموعة الأعمال التوضيرية ج ٣ ص ٣٣٤ .

وعلى وجه الخصوص ، لا يقطع التقادم قيام الدائن بقيد الرهن الضامن للمدين أو بتجديد هذا القيد .

ويلزم أن تنصب المطالبة القضائية على ذات موضوع الحق الذي يسرى التقادم بالنسبة إليه . فلا ينقطع التقادم بالدعوى التي ترفع لقاضى الأمور المستعجلة ، كدعوى إثبات الحالة أو دعوى تعيين حارس لأن الدعاوى المستعجلة تقوم على طلب إجراءات وقفية لا تمس موضوع الحق . وكذلك لا ينقطع التقادم بطلب المعافاة الذى يتقدم به الدائن ، بغية إعفائه مؤقتاً من رسوم التقاضى ، حتى لو أعلن إلى المدين . لأن طلب المعافاة هو تمهيد للمطالبة بموضوع الحق قضائياً ، ولا يتضمن هذه المطالبة ذاتها .

ويلزم أن توجه المطالبة القضائية إلى المدين . فإن وجهت إلى غيره ، ولم يكن يمثل قانوناً أو اتفاقاً فى التقاضى بشأن الحق الذى يسرى التقادم بالنسبة إليه ، ما كان من شأنها قطع تقادمه .

ويلزم . فضلاً عما سبق ، لى تودى المطالبة القضائية إلى انقطاع التقادم ، أن تكون تلك المطالبة صحيحة فى ذاتها ، أى إذا نظرنا إليها مجردة عما إذا كانت قد وجهت إلى محكمة مختصة بالفصل فيها أم لا . وعلى ذلك ، فإذا وقعت عريضة الدعوى باطله لعب فى الشكل ، ما انقطع التقادم ؛ لاعتبار المطالبة القضائية كأن لم تقع أصلاً . أما إذا كانت المطالبة القضائية صحيحة فى ذاتها ؛ ولكنها رفعت إلى محكمة غير مختصة بنظرها ، أياً كان سبب عدم الاختصاص ، فإن التقادم ينقطع . وفى هذا تقضى المادة ٣٨٣ فى مستهلها بأنه : « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ... » . وعلة هذا الحكم أن قواعد الاختصاص من الصعوبة بحيث تدق معرفتها فى كثير من الأحوال (١) .

(١) والمطالبة القضائية تنقطع التقادم « حتى لو رفعت إلى محكمة غير مختصة بنظرها بناء على غلط جسيم من الدائن . فلا يلزم أن يكون غلط الدائن فى هذا الصدد يسيراً يستغفر له . وقد كانت المادة ٢٠ من المشروع التمهيدى تستلزم أن يكون هذا الغلط متفترفاً ولم يضمن القانون هذا الشرط .

وإذا كان من شأن المطالبة القضائية بالحق أن تقطع تقادمه ، فيستحق أن تأخذ سيرها الطبيعي ، حتى تنتهي بحكم حاسم لموضوع النزاع . فإذا حكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة ، اعتبر أن المطالبة القضائية لم توجه إلى المدين أصلاً ، وبالتالي اعتبر التقادم أنه لم ينقطع . وكذلك إذا تركت المرافعة في الدعوى أو قضى بطلان المرافعة فيها ، اعتبرت الدعوى كأن لم ترفع أصلاً ، وزال ما ترتب على رفعها من انقطاع التقادم .

وإذا وجهت المطالبة القضائية إلى المدين مستوفية الشروط التي بينهاها ، وأدت بذلك إلى قطع التقادم ، فإنها تظل منتجة هذا الأثر إلى أن ينتهي الفصل فيها بحكم حازم لقوة الأمر المقضى . فإذا صدر هذا الحكم ، انتهى انقطاع التقادم ، وبدأ سريان مدة جديدة .

٢ - رأينا أن المطالبة القضائية تقطع التقادم . ويستوى معها ، في إنتاج هذا الأثر ، الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس المدين ، أو في توزيع الثمن المتحصل من أمواله المحجوزة ، أو أي عمل آخر يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (المادة ٣٨٣ في شطرها الأخير) . فإذا أشهر إفلاس المدين ، وتقدم الدائن بحقه في تفليسته ، وفقاً لما تقتضيه المادة ٢٨٨ تجارى ، أدى ذلك إلى قطع التقادم ؛ لأن ذلك يعتبر بمثابة المطالبة القضائية بحقه . وكذلك الشأن إذا تقدم الدائن في توزيع من أموال مدينه ، التي حجز عليها وبيعت عليه قضاء ، سواء أ كان دائئاً عاجزاً أم أحد الدائنين الذين لهم رهن أو اختصاص أو امتياز على المال المحجوز ، فإن هذا الإجراء يقطع بدوره التقادم ؛ لأنه يعتبر بمثابة مطالبة قضائية من الدائن بحقه . ويقطع التقادم في النهاية أي إجراء يتخذه الدائن أثناء السير في دعوى مرفوعة ويطلب فيها الحكم له بحقه ، كما إذا تدخل الدائن في دعوى مرفوعة على المدين وطالبه فيها بحقه عليه .

٣ - رأينا فيما سبق أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية ويأجرات أخرى تقع بمثابة ، وهي تقدم الدائن بحقه في تفليسة المدين أو في توزيع ثمن أمواله المحجوزة قضاء وأي عمل آخر يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى . على أن كل هذه الإجراءات لا يلجأ الدائن إليها عادة إلا في الحالة التي لا يكون له فيها سند تنفيذي بحقه ، أي حكم يقضى به أو سند رسمي يتضمنه . فإن كان للدائن سند تنفيذي بحقه ، أمكنه أن يقطع التقادم بالتنبية على المدين بالوفاء له بحقه . وهكذا فالتنبية يقطع التقادم (المادة ٣٨٣) . ويقصد بالتنبية ورقة تعلن على يد محضر ، وتضمن تكليف المدين بقضاء الدين الثابت في سند تنفيذي ، وبيانات أخرى تختلف باختلاف ما إذا كان الدين المطلوب التنفيذ عليه منقولا^(١) أو عقارا^(٢) . ويلاحظ أن التنبية يقطع التقادم بذاته وبمجرده ، فلا يلزم بعد ذلك أن يتبعه الإجراء التنفيذي الذي يتلوه عادة ، إلا إذا كان من شأن تخلف هذا الإجراء اللاحق سقوط التنبية ذاته واعتباره كأن لم يكن^(٣) .

٤ - وينقطع التقادم ، فضلا عما سبق ، بالحجز الذي يوقعه الدائن على أموال المدين ، بمقتضى الحق الذي يسرى التقادم بالنسبة إليه . وسواء

(١) يلاحظ أن المشرع يطلق في المادة ٤٦٠ مرافعات على التنبية بالوفاء في حالة التنفيذ على المنقول عبارة «التكليف بالوفاء» ، حتى يقصر اصطلاح التنبية على التنفيذ على العقار . بيد أنه من المفهوم أن التكليف بالوفاء هو عين التنبية بالوفاء بما يترتب عليه من آثار (أنظر : رمزي سيف ، تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية ، نبذة ١٦٨) ، ومن بينها قطع التقادم .

(٢) أنظر في البيانات الواجب ذكرها في التنبية العقارى ، المادة ٦١٠ مرافعات .

(٣) ففي حالة إجراء التنفيذ على العقار ، ينقطع التقادم بتنبية نزع الملكية وليس فقط بتسجيل هذا التنبية . ولكن يشتم تسجيل هذه التنبية خلال ٦٠ يوما من إعلانته ، وإلا سقط أثره واعتبر كأن لم يكن (المادة ٦١٣ مرافعات) . ثم إن تسجيل التنبية يسقط بدوره ، إذا لم يقبه خلال المائتين والأربعين يوما التالية التأشير على هامشه بما يقيد الاخبار بإيداع قائمة شروط البيع ؟ وذلك ما لم يصدر أمر القاضى بعد هذا الميعاد (المادة ٢/٦١٥ مرافعات) . ويلاحظ أن العقار يعتبر محجوزاً بمجرد تسجيل تنبيه نزع الملكية (المادة ١/٦١٥) .

أن يكون الحجز تحفظياً أو تنفيذياً^(١) ، وسواء أكان حجز منقول أم حجز عقار .

٥ - وينقطع التقادم في النهاية ، بإقرار المدين بالحق الذي يسرى التقادم بالنسبة إليه ، سواء أجه هذا الإقرار صريحاً ، أم استدل عليه دلالة من الظروف . وفي هذا ينقض المادة ٣٨٤/١ بأنه : ١٥ - ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً ،

وهكذا فأقرار المدين بحق الدائن يقطع تقادمه ، سواء أجه صريحاً أم ضمناً . ومثال الإقرار الضمني بالحق أن يدفع المدين جزءاً منه ، أو أن يدفع فوائده ، أو أن يقدم كفيلاً أو رهناً لضمانه . أما حصول الدائن على تأمين يضمن له الوفاء بحقه ، من غير أن يسهم المدين في توفيره له ، كما إذا استصدر إذناً من القضاء في اختصاصه بعقار للمدين ، وكما إذا تقدم له كفيل من غير طلب من المدين ، فلا يتضمن إقراراً من المدين بالضرورة . لأنه لم يصدر عنه أمر ينطوي على اعترافه بالحق . وكذلك الشأن بالنسبة إلى بقاء التأمين بعد حصوله ، وقيام الدائن بما يؤدي إلى حفظه ، كقيد الرهن وتحديد هذا القيد . وتستثنى من هذا الحكم الأخير الحالة التي يترك فيها المدين مالا من أمواله تحت يد الدائن ضماناً لحقه عليه ، كما هو الشأن في الرهن الحيازي والحق في الحبس ؛ إذ أن هذا الترك يفيد أن المدين يعترف بحق الدائن ، وإلا لما سكت عليه ولجا إلى استرداد ماله . وقد طبق المشرع نفسه هذه الفكرة بصدد الرهن الحيازي ، حيث جاءت المادة ٣٧٤/٢ تقول : ٢٥ - ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً لحيازياً لوفاء الدين . وتسرى هذه الفكرة أيضاً على الحق المضمون بالحق في الحبس^(٢) ، لاتحاد العلة . هذه هي الأسباب التي تؤدي إلى انقطاع التقادم . ومن عرضها يبين أنها

(١) ويلاحظ أن الحجز التنفيذي يكون مسوقاً بالضرورة بحصول التتبع ، أي أنه يحصل والتقادم قد انقطع من قبل ، ويكون من شأنه أن يقطع التقادم مرة أخرى ، فيزيل العلة التي تلت حصول التتبع إلى تاريخ حصوله هو .

(٢) انظر ما سبق ، بقية ١٣٤ .

تندرج تحت نوعين أساسيين : (الأول) إجراء يقوم به الدائن وينطوى على المطالبة الجبرية بحقه ، وتحت هذا النوع ، تندرج الأسباب الأربعة الأولى . (الثاني) إجراء يقوم به المدين ، وهو إقراره بحق الدائن صراحة أو ضمناً .

٣٣٤ - أثر انقطاع التقادم

يترتب على انقطاع التقادم ، إذا ما قام سبب من أسبابه ، زوال المدة السابقة على حصوله ، بمعنى أن هذه المدة لا تدخل في الحساب . ويظل الحال هكذا إلى أن يكف سبب الانقطاع عن إنتاج أثره . وعندئذ يبدأ تقادم جديد ، تحسب مدته من وقف انتهاء سبب الانقطاع . وفي هذا تقضى المادة ٣٨٥/١ بأنه : ١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، ويكون مدته هي مدة التقادم الأول ،

ويبين بما سبق أن انقطاع التقادم يختلف اختلافاً أساسياً عن وقفه ، فوقف التقادم ، وإن ترتب عليه عدم احتساب المدة التي يستمر قائماً خلالها . إلا أنه لا يزيل المدة التي سرت قبل حصول سببه ، بحيث أنه لو زال أثر الوقف ، استأنف التقادم سريانه من اللحظة التي وقف عندها ؛ الأمر الذي يؤدي إلى ضم المدة السابقة على حصوله إلى تلك اللاحقة لانتهائه ، والاعتداد بهما معاً . أما انقطاع التقادم ، فلا يترتب عليه فقط عدم احتساب المدة التي يستمر سببه قائماً خلالها ، بل هو يؤدي أيضاً إلى الإجهاز على المدة التي انقضت قبل تحققه ، بحيث أنه لو زال سببه ، بدأ تقادم جديد تحسب مدته من تاريخ هذا الزوال .

هكذا نخلص إلى أن انقطاع التقادم يؤدي إلى زوال المدة التي انقضت قبل حصوله ، وبدء سريان تقادم جديد ، من تاريخ انتهاء سببه . والأصل أن مدة هذا التقادم الجديد هي نفس مدة التقادم القديم الذي انقطع (المادة ٣٨٥/١ في آخرها) . فإذا كان التقادم السارى هو الطويل أو الخسئ أو الثلاثي أو الحولي ، ثم انقطع ، وبعد ذلك انتهى سبب الانقطاع ، بدأ التقادم الجديد في السريان ، وتكون مدته هي نفس المدة التي كانت مقررة للتقادم المقطوع ،

أى خمس عشرة سنة ، أو خمس أو ثلاث أو واحدة . على حسب الأحوال .
هذه هي القاعدة العامة . وهى ليست مطلقة . إذ أنه يرد عليها الاستثناءان :
الهامان الآتيان :

١ - إذا حكم بالدين ، أما كانت مدة التقادم التى من شأنها أن تسرى عليه
بحسب الأصل : وحاز هذا الحكم قوة الأمر المقضى ، فإن مدة التقادم الذى
يسرى عليه بعد هذا الحكم هى ، كقاعدة عامة ، خمس عشرة سنة (المادة ٣٨٥ / ١) .
وهكذا فالحقوق التى تثبت بمقتضى الأحكام الانتائية ، تتقادم بخمس عشر
سنة ، حتى لو كانت فى الأصل بما يتقادم بخمس سنوات أو ثلاث أو سنة
واحدة أو أية مدة أخرى .

هذا هو الاستثناء الأول . وهو ، كالقاعدة التى يرد عليها ، ليس مطلقا .
فرد عليه بدوره استثناء يتعلق بالالتزامات الدورية المتجددة التى يتضمنها
الحكم ، والتى يستحق أداؤها على المدين بعد صدوره ؛ فهذه الالتزامات
تتقادم بنفس المدة التى تتقادم بها بحسب الأصل . ومثال هذه الحالة ، أن يصدر
حكم يلزم المستأجر بدفع الأجرة المتجددة عليه وما يستحق منها مستقبلا .
فهنا تتقادم الأجرة المستحقة عند صدور الحكم بخمس عشرة سنة ؛
أما الأجرة التى تستحق بعد صدور الحكم ، فتتقادم وفقاً لما تقضى به طبيعتها
هى ؛ أى تتقادم بخمس سنين . ومثال الحالة السابقة أيضاً الحكم الصادر بإلزام
المدين بالنفقة أو بالفوائد ؛ فما استحق من هذه أو تلك عن صدوره يخضع
للتقادم الطويل ؛ أما ما يستحق منها بعد ذلك ، فيخضع للتقادم الخفى .

٢ - إذا كان الدين فما يتقادم بسنة واحدة ، وانقطع تقادمه بإقرار
المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة (المادة ٣٨٥ / ٢) . وإقرار
المدين بالحق الذى يسقط بالتقادم الحولى يأخذ ، بالنسبة إلى التقادم الجديد
الذى يبدأ من حصوله ، أثر الحكم به . ويلزم هنا أن يحصل الانقطاع بسبب
إقرار المدين بالحق . فإذا انقطع التقادم بسبب آخر ، كالمطالبة القضائية ،
مثلا ، فإن مدة التقادم الجديد تكون نفس مدة التقادم القديم ، أى سنة .
(٣٣ م - أحكام الالتزام)

وهذا الحكم مقصور على الحقوق التي يسرى عليها ، بحسب الأصل ، التقادم الحولى . فهو لا يسرى على الحقوق الأخرى التي تسقط بخمس سنين أو ثلاث . فالتقادم الجديد الذى يبدأ بعد الإقرار بتلك الحقوق ، تكون مدته هى نفس مدة التقادم الأول الذى انقطع .

٢٣٥ - كيفية إعمال التقادم

بينما فيما سبق المدد المختلفة للتقادم . وحددنا كيفية احتسابها ، مع إبراز ما يطرأ على سريانها من أسباب الوقف والانتقطاع وما يترتب عليها من أثر . والفرض الآن أن مدة التقادم قد اكتملت . ونريد أن نتبين كيفية إعمال أثره .

والقاعدة الأساسية فى هذه المجال أن التقادم لا ينتج أثره بقوة القانون فور اكتمال مدته . بل يلزم لذلك أن يتمسك به المدين ، أو أى شخص آخر غيره ممن يكون لهم مصلحة فى انقضاء الدين بمقتضاه . فإذا لم يحصل هذا التمسك ، بقى الالتزام قائماً ، مهما تقادم عليه العهد . ولا يسوغ إطلاقاً للمحكمة أن تقضى بزوال الدين بالتقادم من تلقاء نفسها ، حتى لو تحققت من اكتمال مدته . وفى ذلك تنص المادة ٣٨٧ / ١ على أنه : ١٥ - لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .

والحكمة من استلزام تمسك المدين أو من فى حكمه بالتقادم لكي ينتج أثره ، أن المشرع يريد ألا يفرض على المدين سبيلاً للخلاص من دينه ، برغم أنه لم يؤديه فعلاً . فقد يؤذى هذا الأمر ضميره . ولهذا فضل المشرع ، وبحق ، أن يجعل من التقادم مجرد رخصة للمدين فى أن يتحلل من دينه . والأمر بعد ذلك متروك لضميره . فإن طأوعه ضميره على أن يحتج وراء التقادم ، لزمه أن يتمسك به .

وغنى عن البيان أن المدين هو الذى يحق له أساساً التمسك بالتقادم ؛ لأن الدين ينقل كاهله ، وفى إعمال أثر التقادم تحرره منه . ولكن التمسك بالتقادم لا يثبت للمدين وحده ، وإنما يثبت أيضاً لكل شخص آخر غيره يكون له مصلحة قانونية فى انقضاء الدين . فهو يثبت لوارث المدين ، حتى تتخلص تركه مورثه من الدين ، فيزيد نصيبه من المتخطف من أموالها . وهو يثبت كذلك لدائى المدين ، إن كان معسراً ، باسمه ونيابة عنه ، تطبيقاً للدعوى غير المباشرة ^(١) . وهو يثبت أيضاً للكفيل ، بالنسبة إلى الدين المكفول ^(٢) ؛ إذ أن تقرير انقضاء هذا الدين بالتقادم يؤدى إلى براءة ذمته بالتبعية . ويجوز أيضاً لحائز العقار المرهون ضماناً لدين معين أن يتمسك بتقادم هذا الدين ، حتى يخلص عقاره من الرهن . ويسوغ فى النهاية للمدين المتضامن أن يتمسك بتقادم الدين التضامنى ، فيما يتعلق بنصيب المدين المتضامن معه الذى اكتمل التقادم بالنسبة إليه ، حتى لو كان التقادم لم يكتمل بالنسبة إليه هو ؛ وفى هذه الحالة ، تبرأ ذمته من الدين بقدر حصة زميله الذى اكتمل التقادم بالنسبة إليه .

وفى جميع الأحوال التى يسوغ فيها لغير المدين أن يتمسكوا بالتقادم ، كان لهم أن يفعلوا ذلك ، حتى لو قعد المدين نفسه عن التمسك بالتقادم . على أنه إذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم ، ما ساع لغيره بعد ذلك أن يتمسك به ، إلا إذا تقرر عدم نفاذ هذا النزول فى حقه ، تطبيقاً للدعوى البولصية . خلاصة كل ما سبق أن التقادم لا ينتج أثره بقوة القانون بمجرد اكتمال مدته ، بل يلزم لذلك أن يتمسك به المدين أو أى شخص آخر غيره تكون له مصلحة قانونية فى انقضاء الدين ، وأنه لا يسوغ للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . بيد أنه إذا حصل التمسك بالتقادم من يملكه ، وكانت

(١) وفى تمسك الدائنين عن مدينهم بتقادم الدين الذى عليه لتبريم وفقاً للدعوى غير المباشرة مصلحة ظاهرة لهم . لذا القرض أن الدين هنا معسر . وفى تقرير تقادم الدين الذى عليه لتبريم إباحته عن مزاحمتهم .

(٢) وهذا فضلاً عن حقه فى التمسك بتقادم التزامه هو ككفيل .

شروطه متوافرة ، وجب على القاضى أن يحكم بانقضاء الدين . فالأمر ليس جوازياً للقاضى يترخص فيه بسلطته التقديرية . وكأن كل سلطة القاضى هنا لا تتجاوز التحقق من توافر شروط التقادم ومن حصول التمسك به عن يملكه . وفى كل هذا يتشابه التقادم مع المقاصة .

ويلزم أن يحصل التمسك بالتقادم أمام المحكمة ^(١) . فلا يكفي أن يقع خارجها ، كما إذا حصل فى خطاب أو إنذار وجهه المدين للدائن .

والغالب السالح فى العمل أن يحصل التمسك بالتقادم فى صورة الدفع ، كأن يرفع الدائن على مدينه دعوى يطالبه فيها بحقه عليه ، فيدفع المدين تلك الدعوى بتقادم هذا الحق . بيد أنه لا يوجد ثمة ما يمنع قانوناً من أن يحصل التمسك بالتقادم فى صورة دعوى ، كما إذا أراد المدين أن يطمئن على براءة ذمته ، فيرفع دعوى على الدائن ، يطلب فيها الحكم بانقضاء الدين على أساس تقادمه .

وإذا حصل التمسك بالتقادم فى صورة الدفع ، كما هو الشأن الغالب ، فإنه يسوغ لإجراؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (المادة ٣٨٧ / ٢) . فالدفع بالتقادم دفع موضوعى ، فلا يتقيد تقديمه بترتيب أو بميعاد ، ومن ثم ساء أن يوجه ، ولو لأول مرة ، أمام محكمة الاستئناف ، وفى أية لحظة قبل إقفال باب المرافعة . ولا تستثنى من هذا الحكم إلا الحالة التى يفسر فيها سكوت المدين عن التمسك بالتقادم على أنه يتضمن نزوله عنه ، مع ملاحظة أن النزول لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه . ولكن لا يجوز التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض . لأن محكمة النقض لا تتعرض إلا لتصحيح الأخطاء القانونية التى وقعت فيها محكمة الموضوع . وإن كان المدين لم يتمسك بالتقادم أمام هذه

(١) ويستثنى هذا الحكم من نص المادة ١/٣٨٧ الذى يقول بأنه لا يجوز للحكمة أن تقضى بالتقادم لإبناء على طلب المدين أو من فى حكمه . فلا بد إذاً من أن يطلب من المحكمة أن تقضى بالتقادم .

المحكمة ، فقضت بإلزامه بالدين ، برغم اكتمال مدة التقادم بالنسبة إليه ، فإن حكمها يكون صحيحاً ، لأنه لم يكن للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، كما بينا .

٣٣٦ — النزول عن التمسك بالتقادم

رأينا فيما سبق أن التقادم لا ينتج أثره إلا إذا تمسك به المدين أو أى شخص آخر غيره تكون له مصلحة قانونية في انقضاء الدين . ولا يوجد ثمة ما يمنع الشخص الذى يحق له التمسك بالتقادم أن ينزل عنه ، بعد ثبوت حقه في الإفادة منه ، أى بعد اكتمال مدته ، بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف في الحق الذى يسرى بصدد (المادة ٣٨٨ / ٢) .

وليس في النزول عن التمسك بالتقادم بعد اكتماله أية مخالفة للنظام العام . فالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ، إلا من حيث أنه يقرر للدين بعد اكتماله رخصة في التخلص من الدين ، استقراراً للأوضاع التى استمرت زمناً طويلاً . وسيان بعد ذلك أن يفيد المدين من تلك الرخصة بعد ثبوتها له أولاً يفيد .

ونكرر أن التنازل عن التمسك بالتقادم لا يقع صحيحاً إلا بعد اكتمال مدته . وسواء بعد ذلك أن يحىء هذا التنازل صريحاً أو أن يستخلص ضمناً من الظروف ، ما دامت تقطع بمصوله . إذ أن النزول عن الحق لا يفترض . ومثال النزول الضمنى عن التقادم أن يحىء المدين بعد اكتمال مدة التقادم فيطلب من الدائن أو القاضى مهلة لوفائه ، أو أن يقدم كفيلاً أو رهناً لضمانه ، أو أن يقوم بأى عمل آخر يستبدل منه بدون شك أو غدوض اعترافه ببقاء الدين في ذمته . وعلى هذا فالأعمال التى تصدر من المدين وتنطوى على إقراره بمشغولية ذمته بالدين بعد اكتمال مدة التقادم ، تتضمن نزوله عن التمسك به . أما إذا صدرت منه هذه الأعمال أثناء سريان مدة التقادم ، أدت إلى انقطاعه .

والنزول عن التقادم بعد اكتمال مدته لا يسرى إلا على المدة السابقة على حصوله . فهو لا يحول دون بدء تقادم جديد ، تتحدد مدته وفقاً للقواعد التي تحدد التقادم الجديد الذي يبدأ سريانه بعد انقطاع التقادم الذي كان سارياً من قبل .

وإذا حصل النزول عن التقادم من المدين ، جاز لدائنيه أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية ، وفقاً لصريح نص المادة ٣٨٧ / ٢ .

وإذا ساغ النزول عن التمسك بالتقادم بعد اكتمال مدته ، فإنه لا يسوغ النزول عنه قبل ذلك . وفي هذا تقضى المادة ٣٧٨ / ١ بأنه : ١٥ - لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون . فلا يجوز إطلاقاً ، قبل أن يكتمل التقادم ، أن يتفق الدائن مع المدين على أن الدين لا ينتضى به . ولكن يجوز بطبيعة الحال أن ينزل المدين عن المدة التي انقضت من قبل ، حتى لو كان التقادم لا يكتمل بها . إذ أن هذا النزول يتضمن إقراراً ضمناً من المدين بالدين ، فينقطع تقادمه .

٣٣٧ - أمر التقادم

إذا اكتملت للتقادم مدته ، وتمسك به المدين ، أنتج أثره . ويتركز هذا الأثر في انقضاء الالتزام . على أن انقضاء الالتزام المترتب على التقادم لا يقع مطلقاً . فالتقادم ينفرد بين غيره من أسباب انقضاء الالتزام بأنه لا يزيله كلية . فهو يقتصر على أن يرفع عنه صفته المدنية ، أى عنصر الجبر والإلزام فيه ، أو عنصر المسؤولية عنه . ويبقى الالتزام بعد ذلك واجباً أدؤه على المدين ، بعد أن تجرد عن عنصر الجبر والإلزام ، أى أنه ينحدر إلى التزام طبيعي . وهكذا نصل إلى أن التقادم يؤدي إلى انقضاء الالتزام باعتباره مدنياً ، ويجعله يهوى إلى التزام طبيعي . وفي ذلك تقضى المادة ٣٨٦ / ١ بأنه : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي . » ونكرر أن التقادم لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام في الحدود التي رسمناها

إلا بعد أن يتمسك به المدين عقب اكتمال مدته . فمجرد اكتمال مدة التقادم لا يؤدي بذاته إلى انقضاء الالتزام . وعلى ذلك فإذا وفى المدين الدين ، بعد اكتمال مدة تقادمه ، وقبل أن يتمسك باقتضائه على أساسه ، كان وفاءه صحيحاً ، باعتباره مبرئاً ذمته من دين مدنى ، وليس باعتباره مبرئاً ذمته من دين طبيعى . ويترتب على ذلك أنه لا يسوغ له استرداد ما دفع ، حتى لو كان جاهلاً أن مدة التقادم قد اكتملت .

وإذا كان التقادم يؤدي ، عقب التمسك به ، إلى انقضاء الالتزام ، فى الحدود التى يبنّاها ، فهو يحدث هذا الأثر ليس ابتداء من هذا الوقت لحسب ، ولكن من وقت بدأ سريان التقادم كذلك . فالتمسك بالتقادم أثر رجعى يستند إلى تاريخ بدء سريانه . وهكذا فالدين الذى يصيبه التقادم يعتبر منقضىً ، ليس فقط من وقت التمسك بالتقادم ، ولكن من وقت بدء سريانه أيضاً . ويترتب على ذلك نتيجة هامة ، وهى أن انقضاء الدين بالتقادم يؤدي بذاته إلى انقضاء فوائده وملحقاته الأخرى ، حتى لو كانت مدة التقادم الخاصة بهذه الفوائد والملحقات لم تكتمل (المادة ٣٨٦ / ٢) . والسبب فى ذلك أن الفوائد والملحقات هنا تعتبر أنها لم تستحق على المدين أصلاً ، بسبب اعتبار الدين الذى ترتب عنه منقضىً من قبل أن يرتبها .

٣٣٨ - التفرقة بين مرد التقادم المسقط ومواعيد السقوط

رأينا أن التقادم المسقط نظام مؤداه أن تمضى فترة يحددها القانون على الحق بعد نشأته واستحقاق أدائه دون أن يباشره صاحبه ، ويترتب عليه انقضاء هذا الحق . وإلى جانب التقادم المسقط ، يوجد نظام يشبه معه إلى حد كبير ، وهو نظام السقوط *déchéance* . ومؤدى هذا النظام الأخير أن يفرض القانون ميعاداً محدداً للقيام بعمل ما من شأنه أن يكسب صاحبه حقاً لو تم خلاله ، وإلا ما كان له أن يجزئه . ومثال مواعيد السقوط ما تقضى به المادة ١٤٠ من وجوب رفع دعوى إبطال المقد لنقص الأهلية أو لعب في

الرضاء خلال ثلاث سنوات تبدأ في نقص الأهلية من يوم زوال سببها ، وفي الغلط والتدليس من يوم انكشافه ، وفي الإكراه من يوم انقطاعه ، مع مراعاة أن دعوى الإبطال لعيوب الرضاء تسقط على أية حال بمضى ١٥ سنة من وقت تمام العقد . ومثال مواعيد السقوط أيضاً ما تقضى به المادة ١٢٩/٢ من وجوب رفع الدعوى الناشئة عن الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ، والمواعيد التي يحددها القانون لاستعمال الشفعة ، وميعاد الثلاث السنوات الذي يسوغ لمالك المنقول المسروق أو الضائع أن يسترده خلاله ممن يحوزه بحسن نية (المادة ٩٧٧/١) ، وكافة مواعيد المرافعات .

ونظام السقوط ، وإن نشابه إلى حد كبير مع التقادم المسقط ، إلا أنه يختلف عنه اختلافاً أساسياً . فمواعيد الأول ، بخلاف مدد الثاني ، هي مواعيد حتمية لا يرد عنها الوقف ولا الانقطاع ، وإنما يجب إلزاماً أن يتم العمل أو الإجراء المطلوب خلالها ، وإلا سقط الحق فيه . ثم إنه يتحتم على القاضي أن يراعى ، ولو من تلقاء نفسه ، مواعيد السقوط ؛ بمعنى أنه لو مضت هذه المواعيد ، وجب عليه يحكم بالسقوط ، حتى لو لم يحصل التمسك به من صاحب الشأن . وفي هذا اختلاف بارز بين السقوط والتقادم الذي يلزم التمسك به من صاحب المصلحة فيه .

وقد تدق في بعض الحالات ، معرفة ما إذا كنا بصدد مدة للتقادم أو ميعاد للسقوط . وقد تعددت في ذلك المقاييس والمعايير التي قال بها الفقهاء . ويضيق هنا المجال عن ذكرها ، لا سيما أنها كلها معايير تقريبية لا تقضي في الأمر بالقول الفصل . ولعل أنجع سبيل هنا هو أن ننظر في كل حالة على حدة ، لتحين ما إذا كان الميعاد الذي تتضمنه هو للتقادم أو للسقوط ، مهتدين في ذلك بالحكمة التي أدت بالشارع إلى فرضه .

(تم بحمد الله وتوفيقه)

دروس في الاثبات

للدكتور
عبد الورود يحيى
مدرس القانون المدني
بكلية الحقوق — جامعة القاهرة

ملتزم الطبع والنشر
مكتبة القاهرة الحديثة
١٦٩ شارع النصر — القاهرة

دار الحماس للطباعة
شارع الجيش ٢ كنيسة الأردن

مقدمة

١ - تعريف الإثبات :

والإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على صحة واقعة يدعيها أحد طرفي الخصومة وينكرها الطرف الآخر .

٢ - أهمية الإثبات : أهمية كبيرة من الناحية العملية إزواجه

والإثبات بهذا المعنى له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، إذ يماهى القيمة العملية للحق إذا عجز صاحبه - عند المنازعة فيه - أن يقيم الدليل على مصدر هذا الحق ، بل إن كثيراً من المتقاضين يخسرون دعاوهم ، ويفقدون بالنال حقوقهم لأنهم لم يستطيعوا تقديم الدليل الذى يتطلبه القانون لإثبات هذه الحقوق . ولذلك يقال إن الحق إذا لم يقم عليه دليل فإنه يصح عند المنازعة هو والعدم سواء ، وأن الدليل هو الذى يحى الحق ويجعله مفيداً^(١) . كما جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى أن الحق يتجرد من قيمته مالم يقم الدليل على الحادث المبدئ له ، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً . والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه ، (٢) .

٣ - تنظيم الإثبات : تعتبر جميع الترتيبات المنظمة وتنظيمها

لما كان للإثبات هذه الأهمية العملية البالغة ، كان لا بد أن تعنى بتنظيمه جميع التشريعات ، وذلك ببيان الوسائل التى تمكن القاضى من الوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليه من منازعات ، حتى يستطيع بذلك أن يحقق العدالة والمشرع إذ يفعل ذلك إنما يسلك أحد مذاهب ثلاثة^(٣) فهو إما أن يطلق يد

(١) بلايول ، زبير ، إسمان ، رادوان ، جابولد ، الطبعة الثانية جزء ٧ رقم ١٤٠٦

س ٨٢٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٤٩ .

القاضي في تحرى الحقيقة بأية وسيلة تؤدي إلى ذلك ، وهذا مذهب الإثبات الحر أو المطلق . وإما أن يقيد سلطة القاضي في ذلك بأن يضع له الأدلة على سبيل الحصر بحيث لا يسمح للخصوم أن يسلكوا غيرها في إثبات حقوقهم ، كما بين له قوة كل دليل بحيث لا يستطيع القاضي أن يعطي دليلا غير القوة التي أعطاهها القانون له . وهذا ما يسمى مذهب الإثبات المقيد أو الإثبات القانوني . وأخيرا قد يسلك المشرع مذهبا وسطا بين المذهبين السابقين وهذا هو المذهب المختلط في الإثبات .

٤ - مذهب الإثبات الحر أو المطلق . في هذا المذهب يكون الخصوم أحرارا في هذا المذهب لا يحدد القانون طرقا معينة للإثبات بل تترك للخصوم والقاضي اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى اقتناع القاضي ، ويكون القاضي حرا في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه ، بل إن القاضي يستطيع أن يقوم بدور المجاني في تحرى الحقيقة بجميع الطرق التي يراها مؤدية إلى ذلك . وهذه الحرية الواسعة الممنوحة للقاضي تجعل الحقيقة التي يصل إليها في موضوع النزاع أقرب ما تكون إلى الحقيقة الواقعية ولكن يعاب على هذا المذهب أنه لا يحقق الثقة والاستقرار في المعاملات ، وذلك لاختلاف التقدير من قاض إلى آخر . هذا إلى أن القاضي قد لا يكون نزيها فسيء استعمال السلطة الممنوحة له دون رقابة عليه من القانون .

هذا المذهب مأخوذه في القانون الألماني والسويسري والقانون الإنجليزي والأمريكي ، وتأخذ به جميع الشرائع في المواد الجنائية .

٥ - مذهب الإثبات المقيد . يحدد هذا المذهب طرق الإثبات التي يمكن استخدامها ، فلا يستطيع الخصوم أن يثبتوا حقوقهم إلا بهذه الطرق ، ولا يستطيعون

القاضي أن يقبل منهم غيرها أو أن يعطيها قيمة أقل أو أكثر من القيمة التي حددها القانون لها . وموقف القاضي في هذا المذهب سلبى بحت ، فهو لا يستطيع أن يقضى بعلبه الشخصى ولا أن يسامح في جمع الأدلة وإنما يقتصر على ما قدمه الخصوم في الدعوى .

ثرواوضح أن هذا المذهب يحقق الاستقرار في التعامل ، كما يعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتقاضين ، ولكن يؤخذ عليه أنه يسلب القاضي كل سلطة ومنعه من أن يحكم بما يتفق مع الحقيقة الواقعة إذا كان الوصول إليها بغير طرق الإثبات التي حددها القانون .

٦ - مذهب الإثبات المختلط . هو المذهب الذي يأخذ بمبدأ قوة الإثبات الساقية من مزايا وتلافيف مافيهما من عيوب ، فهو يأخذ بمبدأ حياد القاضي ويحدد الأدلة ، كما يعين قوة بعضها في الإثبات وهو بذلك يحقق الاستقرار في التعامل ويتجنب تحكم القاضي . ولكنه في الوقت نفسه يخفف من مساوئ الإثبات المقيد بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة التي لم يحدد لها القانون قوة معينة كالبنية والقرائن القضائية . بحيث تجوز البنية ، يستطيع القاضي أن يأخذ بها أو يطرأها ، كما أن له عند اختلاف الشهود أن يغلب شهادة القلة على شهادة الكثرة . وكذلك الأمر بالنسبة للقرائن القضائية حيث يملك القاضي بالنسبة لها سلطة مطلقة في التقدير .

وهذا المذهب في الإثبات هو الذي أخذت به التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي ، كما أنه المذهب الذي أخذ به القانون المصري .

٧ - طبعة قواعد الإثبات :

تتضمن النصوص المنظمة للإبائات نوعين من القواعد ، قواعد موضوعية وقواعد شكلية

فالمواعيد الموضوعية هي التي تمتد الأدلة وتبين الحالات التي يستعمل فيها كل دليل ، كما تبين محل الأنساب والخصم الذي يقع عليه عبئه .

وأما القواعد الشكلية فهي التي تبين الإجراءات التي تتبع عند تقديم الأدلة الخاصة بنزاع معروض أمام القضاء.

وقد راعت الشرائع اللاتينية هذا الاختلاف في طبيعة قواعد الإثبات ، فوضعت القواعد الموضوعية في القانون المدني ، بينما وردت القواعد الشكلية في قانون المرافعات (١) .

على أن هذا الاختلاف في طسعة قواعد الإثبات قد جعل بعض التشريعات تفرد للإثبات قسرياً مستقلاً كما في القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي، كما جعل البعض الآخر ينظم الإثبات ضمن قانون المرافعات كما فعل القانون الألماني

٨ - عمومية قواعد الإثبات : نظم المحقق المصري الأستاذ محمد

نظم القانون المدنى المصرى الإثبات فى الباب السادس من الكتاب
الأول الخاص بالالتزامات (المواد من ٣٨٩ إلى ٤١٧) تحت عنوان إثبات
الالتزام . . . ولكن هذا لا يعنى أن هذه الأحكام قاصرة على الالتزامات
وإنما هى عامة التطبيق } وقد حرصت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى على

(١) فملا القاعدة التي تضي بأن الهيئة لا تقبوز في إثبات التصرف القانوني الذي تريد قيمته على عشرة جنيهات قاعدة موضوعية نص عليها القانون المدني (المادة ١٤٠ / ١ مدني) . بينما القاعدة التي توجب أن تؤدي الشهادة شفها ولا تميز استعمال مفكرات مكتوبة إلا بأذن المحكمة ، قاعدة إجراءات ورد ذكرها في قانون المرافعات (المادة ١٣٦ مفاوضات) . عبد المنعم الصده ، الإثبات في المواد المدنية ، الطبعة الثانية رقم ٧ ص ١٠ ،

تأكيد هذا المعنى ، لجاء فيها أن الأحكام الخاصة بالإثبات ، تسرى على جميع
القواعد القانونية المبدئية للحقوق ، مالية كانت هذه الحقوق أو عينية
أو معنوية (١) .

٩ - موضوعات الإثبات وخطة الدراسة :

بعد هذه المقدمة الصغيرة نبدأ دراستنا للأحكام الموضوعية في الإثبات
التي نظمها المواد من ٣٨٩ إلى ٤١٧ من القانون المدني . أما القواعد الشكلية
التي وردت في قانون المرافعات فلن نتعرض لها إلا إذا كان ذلك ضروريا .
وتنقسم دراسة هذه القواعد إلى قسمين ، نتكلم في القسم الأول عن
المبادئ العامة في الإثبات ، وهي تشمل محل الإثبات ، وعينه ، ومدى تعلق
قواعد الإثبات بالنظام العام .

وفي القسم الثاني نتناول طرق الإثبات أو الأدلة التي وردت في القانون
المدني وهي الكتابة والبينة والقرائن والإقرار واليمين .
وهذا القسم سنقسمه إلى باين نتكلم في الباب الأول عن طرق الإثبات
العادية أو الأصلية وهي الكتابة والبينة والقرائن ، وتكلم في الباب الثاني
عن طرق الإثبات غير العادية وهي الإقرار واليمين .

القسم الأول

المبادئ العامة في الإثبات

أولا - حل الإثبات

١٠ - حل الإثبات هو الواقعة القانونية

إذا ادعى شخص بحق أمام القضاء ، فإنه يجب عليه - لكي يحكم له بما يدعي - أن يقيم الدليل على الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق . فمن يطالب آخر بدين عليه أن يثبت العقد أو الفعل الضار مثلا ، الذي يعتبر مصدرا لهذا الدين . فالإثبات إذا لا يرد على الحق ذاته وإنما يرد على الواقع القانونية التي ترتب عليها هذا الحق ، ذلك أن الحق إن هو إلا أثر يترتب على واقعة قانونية ، فإذا استطاع المدعي أن يثبت هذه الواقعة القانونية فإنه يكون بذلك قد أثبت وجود الحق المطالب به .

والوقائع القانونية التي تعتبر مصدرا للحقوق إما أن تكون وقائع مادية أو تصرفات قانونية .

فالوقائع المادية تشمل الوقائع الطبيعية كالوفاة التي يترتب عليها إنتقال الحقوق المتوفى إلى ورثته ، كما تشمل الأفعال المادية التي تصدر من الإنسان كارتكبات جريمة حيث يترتب على ذلك نشوء حق المضرر في مطالبة مرتكب الجريمة بالتعويض . وتتميز الوقائع المادية بأن القانون هو الذي يحدد آثارها سواء اشتركت في وجودها إرادة الشخص أم لم تشترك .

وأما التصرف القانوني فهو إتيان الإرادة إلى أحداث أثر قانوني معين وهو إما أن يصدر من جانبيين كما في البيع والإيجار وإما أن يصدر من جانب واحد كما في الوصية . وإما أن يصدر من جهة واحدة .

وتقسم الوقائع القانونية إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية له أهمية في الإثبات فالوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعة هذه الوقائع تأتي أن يتطلب المشرع بشأنها دليلا معينا على عكس ذلك التصرفات القانونية ، فقد رأينا أن الإرادة هي التي تتحكم في وجودها وفي تحديد آثارها ، ولذلك نجد أن المشرع يتطلب أساسا الكتابة لإثباتها ، ولا يسمح بالبينه إلا إذا لم يتجاوز قيمة التصرف القانوني حدا معينا .

١١ - القاعدة القانونية ليست محلا للأثبات .

إذا أثبت الخصم الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا لحقة ، فإن القاضي يحكم له بما يدعيه دون أن يكلفه بإثبات القاعدة القانونية التي تقرر الحق . كأثر للواقعة القانونية التي ثبتت ، ذلك أن الأصل أن القاعدة القانونية ليست محلا للأثبات ، لأن القاضي يعلم بها وواجبه أن يطبقها دون أن يطلب من الخصوم إثباتها ولا يعتبر استثناء من هذا الأصل أن يقوم الخصوم ووكلائهم من المحامين بتفسير قاعده قانونية تفسيراً يتفق ومصلحتهم في الدعي ، لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بتفسير القاعدة القانونية لا بإثباتها . ومع ذلك فيجب على الخصم أن يثبت القاعدة القانونية التي تطبق على النزاع وذلك في الأحوال الاستثنائية الآتية :-

١ - العرف والعادة : إذا كان العرف عاما فإنه يأخذ حكم القاعدة .

التشريعية فيفترض علم القاضي به ، ولا يطالب الخصم الذي يستند إلى قاعدة قانونية بمصدرها العرف ، أن يثبت هذه القاعدة .

وإذا كان العرف محليا فلا يمكن افتراض علم القاضي به ، بل يأخذ العرف في هذه الحالة حكم الواقعة القانونية وبالتالي يجب على من يستند إليه أن يثبته^(١)

(١) ساجان مرجع ، أصول الإثبات في المواد المدنية ،قرة ١٩ ، عبد المنعم الصده ١٤

الإثبات في المواد المدنية قرة ٢٠ .

وأما العادة الاتفاقية فهي - على خلاف العرف - ليست لها قوة ملزمة إذ هي لا تكون ملزمة إلا إذا تبين من ظروف الاتفاق أن المتعاقدين قصد اتباع حكمها صراحة أو ضمنا ، فهي تكون مجرد واقعة يقع إثباتها على من له مصلحة في ذلك .

٢- القانون الأجنبي :

إذا كانت القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هي قاعدة قانون أجنبي ، يقضى قواعد الاسناد بتطبيقها ، فوفقا لما ذهب إليه القضاء الفرنسي يأخذ القانون الأجنبي حكم وقائع الدعوى ، فلا يفترض على القاضي به ، ويتعين على الخصم إثباته (١) . وهذا أيضا هو ما ذهب إليه القضاء المصري مقتضيا في ذلك أثر القضاء الفرنسي (٢) . ومع ذلك فالرأى الغالب في الفقه ينتقد بحق مسلك القضاء ويرى أن القاعدة القانونية لا تتغير طبيعتها لمجرد أن الذي يقوم بتطبيقها هو قاض أجنبي (٣) ، فالقانون الأجنبي يأخذ حكم القانون الوطني . يفترض علم القاضي به ولا يطلب من الخصوم إثباته .

١٢- شروط الواقعة القانونية محل الاثبات

يهدف الاثبات إلى إظهار حقيقة واقعة يدعيها أحد طرفي الخصومة وينازع فيها الطرف الآخر . ولذلك يجب أن تتوافر في الواقعة المراد إثباتها الشروط التي تجعلها صالحة لإظهار هذه الحقيقة . وقد نصت المادة ١٥٦ من قانون المرافعات على شروط ثلاثة يجب توافرها في الواقعة محل الاثبات بقولها : يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى . ونتيجة فيها جازا قبولها . وهناك شرطان آخران تقضي طبيعة الأشياء بتوافرها ،

(١) بلانبول ، ريبير ، اسمان ، رادواك ، جايوك ، الطبعة الثانية جزء ٧ رقم ١١٠٩ ، والأحكام المشار إليها في هامش ٣ ص ٨٣٢ .

(٢) السهورى ، الوسيط ، جزء ٢ رقم ٣٨ ص ٥٤ .

(٣) بلانبول وريبير ، المرجع السابق رقم ١٤٠٩ ص ٨٣٢ ، وعبد المنعم الصدةقرة ٢٨ .

فيجب أن تكون الواقعة محل نزاع وأن تكون محددة . وعلى ذلك يجب أن يتوافر آ في الواقعة حل الالتيات خمسة شروط هي :-

(١) أن تكون الواقعة محل نزاع (٢) محددة (٣) متعلقة بالدعوى (٤) متجة فيها (٥) جائزة القبول

أولاً - يجب أن تكون الواقعة محل نزاع (contesté)

وهذا شرط بدهي ، فالالتيات يهدف إلى إظهار حقيقة واقعة متنازع عليها ، فإذا لم يوجد نزاع بأن كان الخصم مسلماً بصحة الواقعة المدعاة . فلن يكون هناك مبرر لأن تضعي المحكمة وقتها في تحقيق هذه الواقعة وقد قضت محكمة النقض - في نزاع على ملكية أرض بين الحكومة وأحد الأفراد - بأنه إذا كان الشخص معترفاً بأن الأرض المتنازع عليها هي من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه مع ذلك تملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بأنها غير كافية ، فإن حكمها يكون مخالفاً للقانون لأنه بحث واقعة مسلماً بها من الخصم (١)

ثانياً - يجب أن تكون الواقعة محددة (Determined)

وهذا أيضاً شرط بدهي لأن الواقعة الغير محددة لا يمكن إثباتها . فإذا طالب شخص آخر بدين مصدره عقد ، فيجب أن يحدد هذا العقد تحديداً كافياً حتى يمكن التأكد من أن الدليل الذي سيقدم يتعلق بهذا العقد بالذات دون غيره ، بأن يذكر مثلاً أنه عقد بيع سيارة معينة في تاريخ معين .

وإذا كانت الواقعة محددة فإنها تصلح لأن تكون محل الالتيات ، يستوي

١ - نفس مدني في ٢٣ نوفمبر ١٩٣٣ ، ملحق القانون والاقتصاد السنة الرابعة من ١٦ .
وإذا أغفل الحكم اعترافاً صادراً من الذي عليه بصحة واقعة يدعيها الخصم دون أن يبين سبب إغفاله واعتبر الدعي عاجزاً عن إثبات تلك الواقعة مع تسليم الخصم بها ، فإن الحكم يكون خاطئاً وصحبه نقضه (نفس مدني في ٩ مارس ١٩٥٠ ، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الأولى

في هذا أن تكون واقعة إيجابية أو أن تكون واقعة سلبية . فإثبات عقد أو فصل ضار كمصدر للحق المطالب به يعتبر إثباتا لوقائع إيجابية . وأما الواقعة السلبية المحددة فيمكن إثباتها بإقامة الدليل على واقعة إيجابية منافية لها . فإذا طوّل شخص بتعويض عن فعل ضار وقع منه في وقت ومكان معينين ، فإنه يستطيع أن يثبت عدم وقوع الفعل الضار منه بإثبات أنه كان في مكان آخر في ذلك الوقت ، وإذا أراد الطبيب أنه يثبت عدم تقصيره في علاج مريض فإنه يستطيع إثبات ذلك بإثبات أنه قام بالعناية اللازمة التي يفرضها واجب العلاج . وإذا أراد الدائن في الالتزام بعدم البناء في مكان معين أن يثبت عدم وفاء المدين بهذا الالتزام ، فإن ذلك يكون بإقامة الدليل على حصول البناء فعلا .

مبيناً أما إذا كانت الواقعة السلبية غير محددة فإنها لا تقبل في الإثبات ، كمن يريد أن يثبت أنه لم يكن مدينا لأي شخص في أي وقت .

ثالثا - يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به (Pertinent)

لحم ويقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها ذات صلة بالحق المتنازع فيه لكن يؤثر ثبوتها في الفصل في الدعوى . أما إذا كانت الواقعة منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة في إثباتها . وهذا الشرط لا ينظر أهميته في الإثبات المباشر حيث ينصب الإثبات على الواقعة مصدر الحق ، كما إذا أثبت المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب بالأجرة ، ففي هذه الحالة تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به ، بل ومنتجة في الإثبات أيضا .

د - ولكن هذا الإثبات المباشر كثيرا ما يكون متعذرا ، ولذلك يلجأ المتقاضى إلى الإثبات غير المباشر ، فيطلب إثبات واقعة قريبة من الواقعة الأصلية بحيث تؤدي ثبوتها إلى جعل الواقعة الأصلية قريبة الاحتمال ، وفي هذه الحالة يشترط أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب

به فمن يطالب بدين معين لا يقبل منه أن يثبت أنه سبق أن وفى بديون أخرى لعدم تعلق هذه الواقعة الأخيرة بموضوع الحق المطالب به ، ولكن إذا طوّل المستأجر بأجرة شهر معين فإنه يستطيع إثبات ذلك بإثبات الوفاء بأجرة شهر لاحقة لأن الواقعة المراد إثباتها في هذه الحالة تكون متعلقة بالحق المطالب به (١) .

وكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به أو غير متعلقة به ، مسألة موضوعية يستقل بالفصل فيها قاضي الموضوع (٢) .

رابعا - يجب أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات (Concluant) بمعنى ، لا يكفي أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به ، وإنما يجب أن تكون منتجة في الإثبات ، بمعنى أن يكون من شأن ثبوتها أن يوصل إلى إقناع القاضي . ولكن لا يشترط لاعتبار الواقعة منتجة في الإثبات أن تكون حاسمة في حل النزاع ، وإنما يكفي أن يتوافر بها أحد عناصر الإقناع (٣) . وعلى ذلك لا يقبل من يطالب بدين ، أن يثبت وفاءه بهذا الدين عن طريق إثبات إقرار صادر من غير الدائن ، لأن هذا الإقرار لا يفيد الدائن وبالتالي يكون غير منتج في الإثبات .

وإذا كانت الواقعة منتجة في الإثبات فإنها تكون بالضرورة متعلقة بالحق المطالب به . ولكن العكس غير صحيح ، فإذا طالب شخص بملكية عقار من بالتقادم الطويل ، وطلب إثبات حيازته لهذا العقار مدة عشر سنوات ، فلن يجاب إل طلبه ، لأن هذه الواقعة رغم تعلقها بالحق المطالب به غير منتجة .

(١) السهوري ، المرجع السابق رقم ٤٢ ص ٦١ .

(٢) ولكن إذا طلب أحد الخصوم إثبات واقعة يرى أنها متعة بالحق المطالب به ، ورفض قاضي الموضوع إجابته إلى طلبه ، فله أن يبين حكمه لأسباب الرفض ، فإن كان هناك قصور في التيسر فإن ذلك يكون سببا لتفويض الحكم . عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق رقم ٣٢ ص ٣٥ .

(٣) عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق رقم ٣٣ ص ٣٥ .

في الإثبات . لأن مدة الحياة تقل عين المدة اللازمة لكسب ملكية العقار بالتقادم^(١) .

خامساً : يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول (Adonissible) فإنه لا يقصد بهذا الشرط ألا تكون الواقعة مستحيلة وألا يكن القانون قد منعه إثباتها لأسباب تتعلق بالنظام العام أو الآداب . فلا يقبل من شخص أن يثبت أن شهر فبراير يزيد على تسعة وعشرين يوماً لأن هذه واقعة مستحيلة عقلاً . كما لا يقبل إثبات دين قار ، أو يبيع في تركه إنسان على قيد الحياة لأن هذا يخالف النظام العام . كذلك لا يقبل إثبات العلاقات الجنسية غير المشروعة ، ولا يجوز - في جريمة القذف - للبقاذف أن يقيم الدليل على صحة ما قذف به ، وذلك لا اعتبارات تتعلق بالآداب العامة .

وكون الواقعة جائزة القبول أو غير جائزة مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرعاية محكمة النقض .

إذا توافرت هذه الشروط في واقعة ، فإن من يطلب من الخصوم إثباتها يكون له الحق في ذلك ، ولا يستطيع القاضي أن يرفض إجابته إلى طلبه وإلا اعتبر هذا إخلاقاً بحق الدفاع يجعل الحكم مشوباً بعيب يستوجب نقضه^(٢) .

ثانياً : عبء الإثبات

١٣ - أهمية توزيع عبء الإثبات :

إن تعيين من يقع عليه عبء الخصوم مسألة بالغة الأهمية من الناحية العملية . ذلك أن تكليف أحد الخصوم بالإثبات يجعل الخصم الآخر في مركز

(١) السهوري ، المرجع السابق رقم ٤٣ ، من ٦٣ ، جيل الصرافى من ١٧ .

(٢) عبد المتعم الصدة رقم ٣٨ ، والأحكام المشار إليها في هابش صفحة ٤١ .

ادعى أجنبي ملكيته لهذه الأرض فإنه يكون مدعيا خلاف الظاهر ويقع عليه عبء الإثبات .

كذلك تعتبر الملكية بحسب الأصل خالصة لصاحبها وخالية من كل حق للغير كحق الارتفاق أو رهن . فإذا ادعى شخصا حقا من هذه الحقوق فإنه يكون مدعيا خلاف الظاهر وعليه إثبات ما يدعيه .

١٥ - الوضعية الثابتة فرضاً (القرينة القانونية غير القاطعة)

إلى جانب الوضع الثابت أصيلاً أو عرضياً أو ظاهراً توجد أوضاع يفترض القانون وجودها عن طريق قرائن قانونية يقيمها لصالح المدعى^(١) فيترتب عليها إعفاؤه مؤقتاً من إقامة الدليل على ما يدعيه ويلجأ المشرع إلى هذه القرائن في حالات يصعب فيها على المدعى إثبات ما يدعيه ، فينشئ القانون لصالحه قرينة يستطيع أن يتمسك بها المدعى إذا توافرت شروط تطبيقها ، فيغنيه بذلك عن إقامة الدليل الذي كان يجب عليه تقديمه لولا وجود هذه القرينة . وعلى ذلك فوجود القرينة القانونية يترتب عليه وجود وضع ثابت فرضاً يعني من يتمسك به من عبء الإثبات ، ويـكون على من ينكره إثبات ما يدعيه باعتباره أنه يدعي خلاف الوضع الثابت فرضاً^(٢) وقد نصت على ذلك المادة ٤٠٤ من القانون المدنى بقولها : «القرينة القانونية تعنى من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات (على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك» . ومن أمثلة القرينة القانونية غير القاطعة ما نصت عليه المادة ٣٩٩ مدنى من أن «التأشير على سند المدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على

(١) السهورى ، الوسيط ، ج ٢ رقم ٥١ ص ٧٤ ، وعبد الحمى جبارى ، الإثبات فى المواد المدنية رقم ٦٩ ص ٥٧ .

(٢) سليمان مرصص ، أصول الإثبات ، الطبعة الثانية رقم ٣٣ ، عبد الحمى جازى ، المرجع السابق رقم ٦٩ .

الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقفاً عليه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته ، هذه القرينة تفترض أن الدائن قد أثبت الدين ، فوفقاً للقاعدة العامة يكون على المدين أن يثبت تخلفه من هذا الدين ، فإذا وجد التأشير على سند الدين بما يفيد براءة الذمة فإن المدين لا يطلب بأى إثبات ، بل إن الدائن هو الذى يقع عليه عبء الإثبات إذا أراد أن يناقش دلالة هذا التأشير .

ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٥٧٧ مدنى من أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » ، ففي عقد الإيجار إذا طالب المؤجر المستأجر بالأجرة عن مدة معينة ، فإنه - وفقاً للقواعد العامة - يجب على المستأجر أن يثبت وفاءه بأجرة هذه المدة . إلا أن المشرع لاحظ أن هذا الإثبات قد يكون صعباً لأن المستأجر لا يحتفظ عادة بإيصالات الوفاء بالأجرة ، ومطالبته بالاحتفاظ بهذه الإيصالات مهما طالبت مدة الإيجار فيه مشقة عليه . لذلك أنشأ المشرع قرينة لصالح المستأجر مؤداها أنه إذا أثبت وفاءه بأحد الأقساط اللاحقة ، فإن ذلك يعتبر قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة وإذا ادعى المؤجر خلاف ذلك . فإنه يكون مدعياً خلاف الثابت فرضاً وعليه إقامة الدليل على ما يدعيه .

يتبين مما تقدم أن القرينة القانونية غير القاطعة يترتب عليها نقل عبء الإثبات من المكلف به وفقاً للقاعدة العامة ، إلى الطرف الآخر في الخصومة الذى يستطيع أن يثبت عكس هذه القرينة ، فإنجح ارتد الإثبات إلى الطرف الأول .

وهكذا نرى أن عبء الإثبات يقع على من يدعى خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً ، وهو لهذا ينتقل بين طرفي الخصومة (م - ٣ - إثبات)

وفقاً لطبيعة ما يدعيه كل منهما لافرق في هذا بين من رفع الدعوى ومن رفعت عليه .

١٦ - تخفيف القضاء لهذه القاعدة

القاعدة إذاً أن عبء الإثبات يقع على المدعى وفقاً للمعنى الذى حددناه فإذا نجح المدعى في إثبات ما يدعيه انتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر في الخصومة الذى يستطيع بدوره أن يثبتي ادعاءات خصمه فيرتد الإثبات إلى الطرف الأول ، وهكذا ينتقل عبء الإثبات بين طرفي الخصومة حتى يصحز أحدهما عن الإثبات فيخسر الدعوى .

غير أنه يلاحظ أنه يصعب عملاً وضع حدود فاصلة ينتقل بعدها عبء الإثبات من طرف إلى آخر ، لأن الخصم كثيراً ما يتعذر عليه تقديم الدليل القاطع الذى يترتب عليه نقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر . لذلك خفف القضاء من شدة هذه القاعدة ، فتكتفى المحاكم من المدعى بما يجعل دعواه قريبة التصديق ثم تطلب من المدعى عليه ثبتي هذا الادعاء وتكون المحكمة عقيدتها بما يقدمه الخصوم إثباتاً أو نفياً ، فهى بذلك تجزئ الإثبات بين طرفي الخصومة . ولا تتطلب من المكلف بالإثبات دليلاً قاطعاً وإنما تكتفى منه بما يرجح ادعاءه (١) .

ثالثاً - قواعد الإثبات والنظام العام

(الإنفاقات المعدلة لقواعد الإثبات)

١٧ - سبق أن رأينا أن قواعد الإثبات ليست كلها من طبيعة واحدة ، فبعضها قواعد متعلقة بالشكل أو بالإجراءات وبعضها قواعد موضوعية ،

(١) عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، رقم ٤٧ ، سليمان مرقس ، المرجع السابق رقم ٢٥

ولا شك أن النوع الأول من القواعد يعتبر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام التقاضي.

أما القواعد الموضوعية وهي القواعد المتعلقة بتحديد محل الإثبات وعينه وطرقه فلا تعتبر من النظام العام لأنها وضعت لحماية الخصوم، فيجوز لهم أن يتفقوا على ما يخالفها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

فيجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات من المكلف به أصلاً إلى الطرف الآخر في الخصومة. فمثلاً تنص المادة ١/٥٧٤ مدني على أن المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يدرأ فيه، فوفقاً لهذا النص يقع على المستأجر عبء إثبات أن الحريق نشأ عن سبب أجني لا يدرأ فيه، ولكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر، فيتفق على أن المستأجر لا يكون مسؤولاً عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت المؤجر خطأ في جانبه (المستأجر) (١). وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد التي تتعلق بتعيين من يقع عليه عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، فإذا كان الخصم قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في الحكم الذي أجابه إلى طلبه على أساس أنه كان متطوعاً في إثبات ما هو غير ملزم بعبئه (٢).

كذلك يجوز الاتفاق على تعديل القواعد المتعلقة بطرق الإثبات، فيجوز أن يتفق على إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنهات باليد، مع أن الأصل هو وجوب الكتابة في إثبات هذه التصرفات. وقد أجاز القانون هذه الاتفاقات في المادة ٤٠٠ مدني التي تنص في فقرتها الأولى على أنه «في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني يزيد قيمته على

(١) السهوري، المرجع السابق، رقم ٥٧ ص ٨٨.

(٢) نفس ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٥، رقم ٢٨ ص ٢٠٣.

عشرة جنهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز الإثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

والإتفاق على مخالفة القواعد المتعلقة بطرق الإثبات قد يكون مقدما ، كما يمكن أن يستدل عليه أثناء سيرى الدعوى ، وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بأن الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة هو من الدفع التى يجب إيدأؤها قبل التكلم فى موضوع الدعوى ، فعدم تمسك الخصم به قبل سماع شهادة الشهود يفيد الزول عنه فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (١) .

(١) نقض جنائى فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ ، المحاماة ، السنة ٤٣ رقم ٦٦٦ من ١٥٤٢

والأحكام المشار إليها فى عبد المتعم الصدة ، المراجع السابق من ٢١ هامش ٢ -

لقسم الثاني

طرق الإثبات

(الأدلة)

١٨ - بيان طرق الإثبات :

ذكر القانون المدني خمس طرق للإثبات هي :

(١) الكتابة (٢) البينة (٣) القرائن (٤) الإقرار (٥) اليمين .
ويضاف إلى هذه الطرق طريقان آخران ورد ذكرهما في قانون المرافعات
هما المعاينة و الخبرة .

والمعاينة هي انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع وقد نظمها قانون
المرافعات في المواد من ١٨٥ إلى ١٨٨ .

وأما الخبرة فهي نوع من المعاينة تتم بواسطة أهل الخبرة إذا كان النزاع
يدور حول مسائل فنية يقصر علم القاضي عن الإلمام بها . وقد وردت
الاحكام الخاصة بها في المواد من ٢٢٥ إلى ٢٥٢ من قانون المرافعات .

ولما كانت المعاينة والخبرة من الموضوعات التي تدخل دراستها في قانون
المرافعات ، فلن نتعرض لهما ، وستكون دراستنا قاصرة على طرق الإثبات
الخمسة التي نظمها القانون المدني وهي الكتابة والبينة والقرائن والإقرار
واليمين .

فالكتابة تعتبر أهم طريق للإثبات إذ يمكن أن تثبت بها جميع الوقائع
القانونية ، سواء أكانت الواقعة عملاً مادياً أم تصرفاً قانونياً ، فضلاً عن أن
الكتابة دليل يمكن إعداده مقدماً ، أي وقت نشوء التصرف القانوني وقبل
أن ينشأ نزاع بشأنه .

والبينة هي شهادة الشهود . وقوتها محدودة في الإثبات ، إذ هي وسيلة لإثبات الوقائع المادية ، ولا يجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا في أحوال استثنائية .

وأما القرائن فهي طريق للإثبات غير المباشر ، لأن الإثبات بها لا ينصب على الواقعة محل النزاع وإنما على واقعة أخرى متصلة بها يرى القاضي أن إثباتها يعتبر إثباتا للواقعة الأولى (١) . وهي تنقسم إلى قرائن قانونية ينص عليها القانون ، وقرائن قضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها .

وأما الإقرار ، فإن كان من الخصم لنفسه فلن يثبت له حقا ، وإن كان عليه فإنه يعتبر اعترافا بواقعه يجعلها في غير حاجة إلى إثبات ، ولذلك لا يعتبر الإقرار من طرق الإثبات إلا تجوزا لأنه إذا ما صدر فإن الحق يثبت به لا بحكم القاضي .

وأخيرا اليمين ، وهي احتكام إلى دمة الخصم إذا عجز المدعى عن إقامة الدليل . وهي كالإقرار لا تعتبر من طرق الإثبات إلا تجوزا ، لأن الخصم إذا وجهت إليه اليمين خلف فإن القاضي يرفض الدعوى على أساس أن المدعى عجز عن الإثبات . وأما إذا نكل عن اليمين فإن ذلك يعتبر بمثابة الإقرار .

١٩ - تقسيم الأدلة :

يقسم الفقه الأدلة إلى عدة تقسيمات .

فهي تنقسم من حيث حجيتها إلى أدلة ملزمة للقاضي وأدلة مقنعة له . فالأدلة الملزمة هي الإقرار واليمين والكتابة إذا كان معترفا بها من الخصم ،

(١) الشهود ، المرجع السابق ، رقم ٥٨ من ٩١ .

كما أنها تعتبر كذلك أدلة مطلقة لأنه يمكن بها إثبات جميع الوقائع القانونية سواء أكانت أعمالاً مادياً أم تصرفات قانونية .

وأما البينة والقرائن القضائية فهي أدلة مقنعة أو غير ملزمة للقاضي لأنها تخضع لتقديره . وهي كذلك أدلة مقبلة لأنها لا تصلح إلا في إثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض الآخر .

كذلك تنقسم الأدلة من حيث طبيعتها إلى أدلة عادية أو أصلية وأدلة غير عادية أو احتياطية .

فالأدلة العادية هي الكتابة والبينة والقرائن ، وهي تسمى كذلك لأنه يتحقق فيها معنى الدليل باعتباره وسيلة لإقناع القاضي حتى يفصل في النزاع بناء على هذا الدليل (١) .

وعلى ضوء هذا التقسيم الأخير نقسم دراستنا للأدلة إلى باين .
فنعرض في الباب الأول طرق الإثبات العادية أو الأصلية وهي الكتابة والبينة والقرائن ، وأما الباب الثاني فنخصصه لطرق الإثبات غير العادية وهي الإقرار والعين .

(١) جيل الصرافوى ، مذكرات في الإثبات في المواد المدنية ، رقم ١٤ من ٢٣ .

الباب الأول

طرق الإثبات العادية

الفصل الأول

الكتابة

٢٠ - التمييز بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته .

الكتابة هي وسيلة الإثبات التي يتطلبها القانون أساسا بالنسبة للتصرفات القانونية. وأما التصرف القانوني فهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين. هذا التصرف قد يكون بأرادة واحدة كما في الوصية ، وقد يكون بتوافق (إرادتين) كما في البيع والايجار وحينئذ يسمى عقدا . وقد جرى العمل على الخلط بين التصرف وأداة إثباته فيقال عقد عرفي أو عقد رسمي ويقصد بذلك ورقة عرفية أو ورقة رسمية . لذلك يجب أن تتحاشى الخلط بين الاثنين ونقصر كلمة (عقد) على التصرف القانوني الذي يتم بتوافق إرادتين ، وأما أداة الإثبات أي الورقة المدونة فيها ما تم الاتفاق عليه فنسميها ورقة (وحرر) ، فالفرق كبير بين التصرف القانوني وأداة إثباته ، إذا قد لا يؤثر بطلان الورقة على صحة التصرف ، كما أن صحة الورقة لا تمنع أن يكون التصرف المثبت له باطلا .

٢١ - التمييز بين الشكيلة وطريقة الإثبات :

كذلك يجب أن نميز بين الكتابة التي نعتبر ركنها شكليا في بعض التصرفات القانونية ، والكتابة كأداة للإثبات . فقد يتطلب القانون شكلا خاصا في بعض التصرفات القانونية كالكتابة الرسمية اللازمة في عقد الهبة (المادة ٤٨٨) .

مدنى) ، فى هذه الحالة تكون الكتابة لازمة للانعقاد بحيث يؤدى تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا .

أما إذا استلزم القانون الكتابة لاثبات التصرف كما فى الكفالة (المادة ٧٧٣ مدنى) ، فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذى يكون صحيحا ويمكن إثباته بالإقرار أو اليمين .

وإذا لم يتبين من النص ما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد التصرف أو لإثباته ، ولم يمكن الوصول إلى ذلك بطرق التفسير المختلفة ، فإن الكتابة فى هذه الحالة تكون مطلوبة للإثبات لأن القاعدة هى أن تكون التصرفات رضائية ، والاستثناء هو أن يتطلب المشرع شكلا خاصا بالنسبة لبعض التصرفات (١) .

ويجوز - فى عقد رضائى - أن يتفق المتعاقدان على أن يكون التصرف مكتوبا . فإذا تبين من شروط الاتفاق أنها قصدا تعليق انعقاد التصرف على الكتابة ، فى هذه الحالة لا يوجد التصرف إلا إذا تم فى الشكل المتفق عليه . وإذا قام شك حول تفسير نية المتعاقدين ، افترض أن الكتابة مشروطة للإثبات لأن الأصل أن اشتراط الكتابة فى العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها (٢) .

٢٢ - أنواع الأوراق :

تنقسم الأوراق التى تصلح دليلا كتابيا إلى أوراق رسمية وأوراق عرفية . والأولى هى التى يقوم بحرها موظف عام مختص كعقد الزواج وعقد الهبة والرهن الرسمى . وأما الأوراق العرفية فهى التى تصدر من الأفراد ، وهى تنقسم بدورها إلى أوراق معدة للإثبات وهذه تكون موقعة

(١) عبد النعم الصفة ، المرجع السابق ، رقم ٦٧ . عكس ذلك السهورى ، الوسيط جزء ١

هاش من ١٥٣ ، ١٥٤ ، حيث يرى أن الكتابة فى هذه الحالة تعتبر لازمة لانعقاد لا للإثبات

(٢) نفس مدنى فى ٢٩ مارس ١٩٥١ ، المحاماة ٣٢-٥٨٦-١٣٩ .

من ذوى الشأن فتعتبر دليلا كاملا . وأوراق لم تعد لتكون أدلة في الإثبات كالرسائل ودفاتر التجار والأوراق الخصوصية . وقد حدد القانون شروط كل نوع من هذه الأوراق وبين قوته في الإثبات .
وسنعرض فيما يلى لدراسة الأوراق الرسمية ، ثم الأوراق العرفية . ثم نبين الحالات التى يتطلب فيها القانون الكتابة للإثبات .

المبحث الاول

١- الأوراق الرسمية

١ - شروط الورقة الرسمية :

٢٣ - عرفت المادة ١/٣٩٠ من القانون المدنى الورقة الرسمية بقولها :
« الورقة الرسمية هى التى ثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يده أو ما تلقاه من ذوى الشأن . وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه » .

من هذا النص تبين أنه يجب أن يتوافر فى الورقة الرسمية ثلاثة شروط
(١) أن يقوم بكتابتها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة (٢) وأن يكون هذا الموظف مختصا بكتابتها (٣) وأن يراعى فى كتابتها الأوضاع التى قررها القانون .

٢٤ - أولا - صدور الورقة من موظف عام أو شخص مكلف

بخدمته عامة :

يقصد بالموظف العام كل شخص تكلفه الدولة بالقضاء بعمل من أعمالها ، سواء كان يقاضى اجرا على هذا العمل كالموثق ، أم كان يؤدي عمله دون أجر كالعمدة والمأذون .

ويختلف الموظفون العموميون باختلاف الأوراق التى يختصون

بكتابتها . فالقاضي يعتبر موظفا عاما بالنسبة للأحكام التي يقوم بتحريرها
وكانب الجلسة يعتبر موظفا عاما بالنسبة لمحاضر الجلسات . والمأذون يعتبر
موظفا عاما بالنسبة لعقود الزواج وإشهادات الطلاق . ويستوى أن يكون
الشخص موظفا يأحدي الإدارات الرئيسية للدولة أم يأحدي الهيئات المحلية
أو المنشآت العامة كموظفي المجالس البلدية وموظفي الجامعات ، كما يستوى أن
يكون الموظف قائما بعمل يمكن أن تقوم به الشركات أو الأفراد كموظفي
مصلحة السلك الحديدية ومصلحة البريد .

وهمنا بصفة خاصة فئة من الموظفين العموميين تختص بتلقي اتفاقات
الأفراد وإقراراتهم وتدوينها في أوراق رسمية ، وهؤلاء هم الموثقون الذين
يختصون بتحرير الأوراق الرسمية المدنية . هؤلاء الموثقون يؤدون عملهم
في مكاتب التوثيق التابعة لمصلحة الشهر العقاري ، وهم يختصون بتوثيق جميع
المحركات عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة بالنسبة للمصريين
المسلمين فهذه تختص بالمأذون بتوثيقها . وكذلك عقود الزواج والطلاق
بالنسبة للمصريين غير المسلمين حيث يختص بتوثيقها من يندب لذلك بقرار
من وزير العدل .

ولا يتحتم أن تصدر الورقة العرفية من موظف عام بالمعنى السابق ،
بل يكفي أن تصدر من شخص مكلف بخدمة عامة حتى ولو لم يكن موظفا عاما
كالخير بالنسبة للمحضر الذي يحضره بخصوص المهمة التي اتدب لها .

٢٥ - ثانيا - صدور الورقة من الموظف العام في حدود سلطته واختصاصه

لا يكفي في الورقة الرسمية أن تكون صادرة من موظف عام ، وإنما
تطلب المادة ٣٩٠ مدني أن يكون الموظف العام قد عمل « في حدود سلطته
واختصاصه » .

وقصد بالسلطة في هذه الحالة أن تكون للموظف ولاية تحرير الورقة

فإذا صدرت الورقة بعد عزله أو نقله أو وقفه فإنها تكون باطلة . كما يقصد بالسلطة أيضا ألا يقوم بالموظف مانع يجعله غير صالح لتوثيق هذه الورقة بالذات ، ذلك أن القانون لا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصا أو تربطه وأصحاب الشأن فيه صلة قرابة لغاية الدرجة الرابعة (١) .

كذلك يجب أن يكون الموظف العام مختصا بتحرير الورقة من حيث نوعها ومن حيث مكان تحريرها . فقد رأينا أن لكل نوع من الأوراق الرسمية موظفين عموميين يختصون بكتابته ، فإذا حرر موظف عام ورقة لا تدخل في اختصاصه من حيث نوعها فهذه الورقة لا تثبت لها صفته الرسمية ، كما لو حرر المأذون عقد زواج رسمي ، أو حرر المحضر عقد زواج (٢) وأما بالنسبة للإختصاص المكاني فأساسه لن القانون حد لكل موظف دائرة إقليمية معينة لا يجوز للموظف العام أن يباشر عمله خارجها . فلا يجوز لموظف مكتب توثيق في مدينة القاهرة أن يقوم بالتوثيق في مدينة الإسكندرية مثلا . ويلاحظ أنه لا يقصد بتحديد الاختصاص المكاني لمكاتب التوثيق إجبار الأفراد على تقديم محرراتهم إلى مكتب معين ، إذ أن للأفراد الحرية في التقدم لأي مكتب ، فلا مانع من تقديم محرر مثبت لتصرف في مدينة القاهرة لتوثيقه في مكتب التوثيق بمدينة طنطا مثلا ، وإنما المقصود بهذا التحديد منع الموظف من أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه .

(١) ولا يؤثر على صفة الورقة الرسمية أن يكون الموظف العام الذي قام بتحريرها قد تم تعيينه على خلاف ما تقتضيه القوانين التي تتطلب شروطا معينة يجب توافرها في هذا الموظف . عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق رقم ٧٧ ، وسليمان مرقص ، المرجع السابق رقم ٤١ .
(٢) وإذا أثبت الموظف في ورقة يختص بكتابتها بيان لا يدخل في اختصاصه فإن هذا البيان لا يكسب صفة الرسمية . من ذلك أن يثبت موظف المحكمة الحربية في محضر حصر التركة تاريخ الوفاة فهذا التاريخ لا يعتبر بياناً رسمياً رغم كون المحضر ورقة رسمية ، لأن ذلك الموظف ليس من اختصاصه إثبات تاريخ الوفاة . وقد قضت محكمة النقض أن محضر حصر التركة وإن كان ورقة رسمية فإنه لم يجعل قانونا لإثبات تاريخ الوفاة . قضى مدني في ٨ يناير ١٩٤٥ بم. الحامدة السنة ٢٧ ، ١٠٧٤ ، ٤٣٠ .

٢٩ - ثالثا : مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير الورقة

قرر القانون أوضاعا وقواعد يجب على الموظف المختص مراعاتها عند تحرير الورقة . من ذلك الأوضاع التي قررتها اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الصادرة في ٣ نوفمبر ١٩٤٧ والتي يجب مراعاتها عند توثيق المحررات بمكاتب التوثيق ؛ إذ أوجبت أن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية وبخط واضح دون إضافة أو تحشير أو كشط . وأن يشمل عدا البيانات الخاصة بموضوع المحرر على ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق . كما يجب أن يشمل المحرر على اسم الموثق ولقبه ووظيفته وأسماء الشهود وأسماء أصحاب الشأن وأبائهم وأجدادهم لأبائهم وصناعتهم ومجال إقامتهم ، وعلى الشهود أن يوقعوا المحرر مع ذوى الشأن ومع الموثق . ويجب على الموثق قبل توقيع ذوى الشأن أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم . وتحفظ أصول المحررات بمكتب التوثيق ، وتسلم صور منها لأصحاب الشأن ، ويؤشر الموثق بتسليم الصور على أصل المحرر ويوقع هذا التأشير .

٢٧ - جزاء تخلف أحد هذه الشروط

إذا تخلف أحد هذه الشروط الثلاثة ، بأن كانت الورقة صادرة من غير موظف عام ، أو من موظف عام غير مختص ، أو من موظف مختص ولكنه لم يراع في تحريرها الأوضاع التي تتطلبها القانون فإن الورقة تكون باطلة باعتبارها ورقة رسمية .

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ مدني قيمة الورقة الرسمية الباطلة بقولها : فإذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسمية فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوى الشأن قد وقعوها بأصواتهم أو بأختامهم أو بصمات أصابعهم . . ومعنى ذلك أن الورقة الرسمية الباطلة تكون لها

قوة الورقة العرفية في الإثبات بشرط أن تكون موقعة من ذوى الشأن .
هذا ما لم تكن الرسمية مشترطة لانقضاء التصرف - كما في الهبة والرهن الرسمى -
ففي هذه الحالة لا تكون للورقة الرسمية الباطلة قيمة ما . وكذلك الحكم إذا
اتفق ذوو الشأن على أن التصرف لا يتم إلا إذا حرر في ورقة رسمية (١) .

٢- حجية الورقة الرسمية في الإثبات

٢٨ - إذا توافرت الشروط السابقة في الورقة ، وكان مظهرها
الخارجي ناطقاً برسميتها ، قامت هناك قرينة على سلامتها المادية وعلى صدورها
من تحمل توقيعاتهم . ويترب على ذلك أن الورقة الرسمية تعتبر حجة بذاتها
دون حاجة إلى الإقرار بها فلا يطلب من يتمسك بها أن يقيم الدليل على
صحتها ، وإنما على الخصم الذى ينازع فيها أن يثبت إدعائه ، وإن
يستطيع ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير . وهذا على عكس الورقة العرفية
التي لا تعتبر حجة بما دون فيها إلا إذا لم ينكرها من وقع عليها ، فإذا أنكرها
كان على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها .

ولكن يجب أن يكون المظهر الخارجي للورقة دالاً على رسميتها ، فإن
كانت بها عيوب مادية كوجود كشط أو محو أو تحشير جاز للحكمة من
تلقاها نفسها أن تسقط قيمة هذه الورقة أو تنقصها . وإذا كانت صحة الورقة
تخل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى
صدرت عنه ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيها (المادة ٢٦٠ مرافعات) .

فإذا ثبت للورقة صيغة الرسمية على هذا النحو كانت حجة بما دون فيها
من بيانات سواء بالنسبة لمن وقعوا عليها أم بالنسبة للغير .

(١) وإذا تعدد الطرف المدن في الورقة فيجب أن يوقعوا جميعاً عليها . فإذا وقعها البعض
فقط فإن ذلك لا يكفي لاعتبارها ورقة عرفية حتى بالنسبة لمن وقعوها ، لأنهم لم يوقعوا إلا اعتماداً
على اشتراك الباقيين معهم في الالتزام . أحمد نثأت ، رسالة الإثبات (طبعة ١٩٥٠) رقم ١٤٠ .

٢٩ - حجية البيانات المدونة بالورقة الرسمية :

تنص المادة ٣٩١ مدني على أن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ما لم يبين تزورها بالطرق المقررة قانوناً ، ومقتضى هذا النص أن الورقة الرسمية تعتبر حجة - بصحة ما دون فيها من بيانات ، ولا يمكن نقض هذه الحجة إلا بطريق واحد هو طريق الطعن بالتزوير ، وهذه الحجة لا تثبت إلا للبيانات التي أثبتها الموظف العام بنفسه أو التي وقعت من ذوى الشأن في حضوره . وعلى ذلك يجب أن تفرق في الورقة الرسمية بين نوعين من البيانات : بيانات وقعت من الموظف العام نفسه في حدود مهمته واختصاصه ، أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ، وبيانات وقعت من ذوى الشأن واقتصر الموظف العام على تدوينها تحت مسؤوليتهم .

(١) النوع الأول من البيانات هو البيانات التي تصدر من ذوى الشأن أمامه ، وهذه البيانات تكون حجة على الناس كافة ولا يمكن نقض حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، ومثال هذه البيانات تاريخ الورقة ، ومكان توثيقها وتوقيع ذوى الشأن ، وتوقيع الموثق . كذلك يشمل هذا النوع من البيانات ما يصدر من ذوى الشأن في حضور الموظف ، كإقرار البائع أنه قبض الثمن أو كإقرار المشتري أنه تسلم المبيع ، فهذه البيانات تكون حجة بصحة وقوعها ، ولا يستطيع البائع بعد ذلك أن ينكر إقراره بقبض الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن ينكر إقراره بتسلم المبيع إلا إذا طعن بالتزوير . ولكن يلاحظ أن صفة الرسمية لا تلحق إلا بالإقرار من الناحية المادية . فإذا ادعى البائع أنه لم يقبض الثمن ، أو ادعى المشتري أنه لم يتسلم المبيع فإنه يستطيع إثبات ذلك بطرق الإثبات العادية ، وذلك لأن واقعة قبض الثمن أو تسلم المبيع لم تحدث أمام الموظف فلا تلحقها صفة الرسمية .

(٢) وأما النوع الثاني من البيانات فهي البيانات التي تصدر من ذوى الشأن ويدونها الموظف العام تحت مسئوليتهم دون أن يكون له تحرر صحتها ، فإذا قرر أحد المتعاقدين أمام الموثق أنه باع منزلاً للآخر ، وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذا المنزل ، فإن واقعة البيع هذه تثبت لها صفة الرسمية لأنها تمت أمام الموثق ولا يجوز إنكار البيع إلا عن طريق الطعن بالتزوير . أما إذا ادعى أحد المتعاقدين بعد ذلك أن البيع كان صورياً فإن له أن يثبت ذلك بالطرق العادية دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . ومن ذلك أيضاً إقرار البائع أمام الموثق أنه قبض الثمن ، فواقعة الإقرار تثبت لها صفة الرسمية لأنها صدرت أمام الموثق ، ولكن هذا لا يمنع البائع بعد أن يثبت بالطرق العادية أنه لم يقبض الثمن ، وذلك لأن واقعة قبض الثمن لم تقع أمام الموثق .

الرغم من مخلص مما تقدم أن الورقة الرسمية تشتمل على نوعين من البيانات : بيانات تصدر من الموظف العام في حدود مهمته ، أو تصدر من ذوى الشأن في حضوره ، وهذه البيانات تثبت لها صفة الرسمية ولا يجوز نقضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير . وبيانات تصدر من ذوى الشأن ويدونها الموظف العام على مسئوليتهم دون أن يكون في استطاعته أن يتحقق من صحتها ، وهذه البيانات لا تلحقها صفة الرسمية والطعن فيها لا يمس أمانة الموظف ولذلك يمكن إثبات (عكسها) بطرق الإثبات العادية دون حاجة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير .

٣٠ - حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأشخاص :

روى رأينا أن المادة ٣٩١ مدني تقرر أن الورقة الرسمية لا تكون حجة على ذوى الشأن فقط ، بل تعتبر كذلك حجة بالنسبة للغير ، فلا يستطيع أى شخص أن ينكر ماورد بها من بيانات مما نلحقه وصف الرسمية على التفصيل الذي سبق أن ذكرناه إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

أما إذا كان ما براد نقضه من البيانات لا تثبت له صفة الرسمية ، إما لأنه صادر من ذوى الشأن بالمعنى السابق ، أو لأنه صادر من الموظف العام ولكن خارج حدود اختصاصه ، فإن هذه البيانات يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية .

٣١ - صور الأوراق الرسمية :

تقتضي قواعد التوثيق بأن يحفظ أصل الورقة الرسمية في مكاتب التوثيق وأن يعطى لذوى الشأن صور منها ، والفرق بين أصل الورقة الرسمية وصورتها أن الأصل هو الذى يحمل توقعات ذوى الشأن وتوقيع الموثق ، أما الصورة فلا تحمل توقعات وإنما هي منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص ، وهذا هو ما يعطى صفة الرسمية ، ونظرا لانتشار التصوير الشمسى ، فقد سوى القانون بين الصور الخطية والصور الشمسية . ولبيان حجية صور الأوراق الرسمية يجب أن نفرق بين حالة وجود أصل الورقة الرسمية ، وحالة عدم وجود الأصل .

٣٢ - أولا حالة وجود أصل الورقة الرسمية .

بمقتضى المادة ٣٩٢ حجية صورة الورقة الرسمية في هذه الحالة بقولها : (١) « إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو غير أنوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل . » (٢) وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينزع فى ذلك أحد الطرفين وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل . »

مؤيدى هذا النص أنه إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا ، فإن صورتها الرسمية المأخوذة من هذا الأصل تكون لها حجة فى الإثبات بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل ، ونظرا لأن الصورة الرسمية تؤخذ (٢ - ٣ إثبات)

بواسطة موظف عام مختص ، فقد افترض القانون أن هذه الصورة مطابقة للأصل ولكن إذا تازع أحد الطرفين في هذه المطابقة ، فإن المحكمة تأمر بمراجعة الصورة على الأصل .

٣٣- ثانيا : حالة عدم وجود الأصل

ينص المادة ٢٩٣ مدني قيمة صور الورقة الرسمية في هذه الحالة على الوجه الآتي :-

« إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :-

(أ) يكون الصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

(ب) ويكون الصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجة ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها .

(ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فعلا يعتد به إلا مجرد الاستئناس تبعاً للظروف . »

ومن هذا النص يتبين أنه إذا لم يكن أصل الورقة الرسمية موجوداً ، فإنه يجب التفرقة بين ثلاثة أنواع من الصور .

١- الصور الرسمية الأصلية وهي التي تنقل عن الأصل مباشرة بواسطة موظف عام مختص وهذه تكون لها حجة الأصل سواء كانت صوراً تنفيذية أم غير تنفيذية ، وإنما يشترط أن يكون مظهرها الخارجي لا يدع مجالاً للشك في مطابقتها للأصل .

٢- الصور الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية ، في هذه الحالة لا تكون الصورة مأخوذة من الأصل ، وإنما من الصورة الأصلية الرسمية

وقد جعل القانون لهذه الصورة نفس الحجية التي للصورة الأصلية بشرط بقاء الصورة الأصلية حتى يمكن المراجعة عليها إذا ما طلب أحد ذوى الشأن ذلك . وإذا فقدت الصورة الأصلية فإن الصورة المأخوذة منها لا تكون لها حجية عند المنازعة ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس .

٣- الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصور الأصلية ، وهذا النوع من الصور لا تكون له حجية الأصل ، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس .

المبحث الثاني

الأوراق العرفية

٣٤- الأوراق العرفية هي الأوراق التي تصدر من الأفراد ، والتي لا تدخل موظف عام في تحريرها . وهذه الأوراق تنقسم إلى قسمين : أوراق عرفية معدة للإثبات وهي تكون موقعة من ذوى الشأن فتعتبر أدلة كاملة ، وأوراق عرفية غير معدة للإثبات كدفاتر التجار والرسائل والأوراق المنزلية . وهذه الأوراق يغلب ألا تكون موقعة . ومع ذلك يعطيها القانون قوة في الإثبات ، تتفاوت قوة وضعفا بحسب ما يتوافر فيها من عناصر الإثبات .

أولاً الأوراق العرفية المعدة للإثبات

١- شروط الورقة العرفية

٣٥- الكتابة والتوقيع : لا يتطلب القانون في الورقة العرفية المعدة للإثبات إلا أن يكون مدوناً بها كتابة مثبتة لواقعة قانونية ، وأن تكون هذه الكتابة موقعة من الشخص المنسوبة إليه .

فيشترط أولاً أن توجد كتابة تدل على الغرض المقصود من تحرير الورقة . ولا يشترط في الكتابة أى شرط ، فكل عبارة تدل على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها لأن تكون دليلاً على من وقعها . كما لا يشترط أن تكون الكتابة بخط من وقعها ، وإنما يصح أن تكون بخط شخص أجنبي أو على الآلة الكتابة أو مطبوعة ، كما يصح أن تكون بالمداد أو بالقلم الرصاص أو بغيرهما ، ويصح أن تكون بلغة أجنبية أو برموز يتفق عليها بين الطرفين .

(والتوقيع هو الشرط الهام في الورقة العرفية ، لأنه هو الذى يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة ، أو عبارة أخرى هو الذى ينسب الكتابة إلى صاحب التوقيع . ويجب أن يشتمل التوقيع على اسم الموقع ولقبه كاملين ، فلا يكفي التوقيع بعلامة مختصرة أو بالأحرف الأولى من الاسم . إنما لا يشترط أن يكون التوقيع مطابقاً للاسم الوارد في شهادة الميلاد ، بل يكفي أن يكون ذلك بالاسم الذى اشتهر به الشخص ، أو بالاسم الذى اعتاد التوقيع به . وكما يكون التوقيع بإمضاء الشخص يمكن أن يكون بالخط أو بصمة الأصبع . فقد نصت المادة ٣٩٤ مدنى على أن تعتبر الورقة العرفية صادرة عن وقعها مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ...)

وإذا حلت الورقة العرفية من التوقيع فلا قيمة لها في الإثبات ، إلا أنها تصلح لأن تكون مبدأً ثبوت بالكتابة إذا كانت بخط المدين .

٣٦ التوقيع على يابض . أي أن التوقيع هو الشرط الهام في الورقة العرفية ، وأن الكتابة لا يشترط فيها أن شرط . وعلى ذلك يجوز أن يوقع الشخص ورقة على يابض يم يعطيها للدائن ليدون فيها ما تم الاتفاق عليه ، ويحدث هذا كثيراً في الشيكات حيث يوقع الشيك على يابض ويترك ملء البيانات للدائن . فإذا ماتت كتابة البيانات فوق التوقيع أصبح للورقة حجية

الورقة العرفية التي كتبت أولاً ثم تم التوقيع عليها بعد ذلك .

وإذا لم يكن من سلبت إليه الورقة أمينا ودون بيانات تختلف عن البيانات المتفق عليها ، فإن المدين يستطيع إثبات مخالفة ما دون في الورقة للاتفاق ، ويكون ذلك وفقا للقواعد العامة في الإثبات أي أنه لن يستطيع إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة . فإذا نجح في ذلك اعتبر الدائن مرتكباً لجريمة خيانة أمانه يعاقب عليها بالحبس أو به وبغرامه وفقا للمادة ٣٤٠ من قانون العقوبات .

وإذا كان من تسلم الورقة الموقعة على يياض قد تعامل مع الغير بناء على مادونه في هذه الورقة ، وكان هذا الغير حسن النية ، فإن إثبات عدم مطابقتها للاتفاق لا يبرئ المدين من التزامه قبل هذا الغير . وليس للمدين إلا أن أن يرجع على من خانه بكتابة بيانات مخالفة للاتفاق .

ولكن إذا كانت الورقة الموقعة على يياض لم تسلم إلى من خان الأمانة وإنما حصل عليها هذا الأخير بطريقة أخرى كالسرقة مثلاً ، فإن من وقع على يياض يستطيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات حصول السرقة والكتابة من الخائن . ولا يستطيع الغير الذي تعامل مع الخائن بناء على هذه الورقة أن يتمسك بذلك قبل من وقع الورقة ، حتى ولو كان هذا الغير حسن النية .

٢ - حجة الورقة العرفية في الإثبات

٣٧ - نواحي الحجة في الورقة العرفية : للورقة العرفية حجة من ثلاثة وجوه : حجة بصدورها من وقعها ، وحجة بصدق البيانات المدونة بها ، وحجة بالنسبة للتاريخ الذي تحمله .

٣٨ - حجة الورقة العرفية بصدورها من وقعها : تنص المادة ٣٩٤ مدني على أن " تعتبر الورقة العرفية صادرة من وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . " ومعنى هذا أن الورقة

العرفية - على خلاف الورقة الرسمية - لا تكون حجة بصورها من وقعها إلا إذا لم ينكرها صراحة من ينسب إليه الخط أو التوقيع . فإذا أنكر المدين توقيعه زالت عن الورقة العرفية حجتها مؤقتا ، وتعين على من يتمسك بها أن يثبت بصورها من ينسب إليه التوقيع وذلك بأن يطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط ، فإذا ثبت من التحقيق صدور الورقة من موقعها اعتبرت حجة بصورها منه .

إنما يشترط - لكي تزول حجية الورقة العرفية مؤقتا - أن يكون الإنكار صريحا ، فإذا سكت من يتمسك عليه بورقة عرفية أو اكتفى بالتشكيك في حصول التوقيع منه . فإن ذلك يعتبر إقرارا للورقة .

وإذا كان الشخص الذي يتمسك عليه بالورقة وارثا أو خلفا ، فلا يطلب منه الإنكار وإنما يكفي أن يقرر أنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقى عنه الحق على أن يؤيد إقراره هذا بيمين يؤديها . وقد نصت على هذا المادة ٣٩٤ بقولها : أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، وكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق . فإذا فعل الوارث أو الخلف ذلك زالت حجية الورقة العرفية مؤقتا وتعين على من يتمسك بها أن يلجأ إلى إجراءات تحقيق الخطوط ليثبت صدور الورقة عن تنسب إليه .

خلاصة ما تقدم أنه يكفي لكي تزول حجة الورقة العرفية مؤقتا أن ينكرها صراحة من ينسب إليه ، أو أن يحلف الوارث أو الخلف بأنه لا يعلم أن الخط أو التوقيع هو لمن تلقى عنه الحق . إلا أن هناك حالة يتعين فيها على من ينكر نسبة التوقيع إليه أن يسلك طريق الطعن بالتزوير ، وهي الحالة التي يكون فيها التوقيع مصدقا عليه ، لأن التصديق على التوقيع يكسبه صفة الرسمية .

٣٩ - الاعتراف بصمة الختم وإنكار التوقيع بها : قد يحدث أن

يعترف الشخص الذى يحتج عليه بورقة يعرفه بأن بصمة الختم الذى على الورقة هى بصمة ختمه ولكنه ينكر حصول التوقيع منه شخصيا . وهذا أمر متصور من الناحية العملية . فقد يفقد الشخص ختمه أو يسرق منه ، وقد يسلم شخص ختمه لآخر للاحتفاظ به فيخون هذا الأخير الأمانة .

فى مثل هذه الحالات يحصل التوقيع بالختم دون علم صاحبه . فما أثر ذلك على حجية الورقة ؟ هل يعتبر إنكار صاحب الختم أنه وقع بنفسه على الورقة إنكارا للتوقيع وبالتالي يجب على المتمسك بالورقة أن يثبت حصول التوقيع من صاحب الختم أم لا ؟ أم على العكس يمكن اعتراف صاحب الختم أن الختم الموقع به هو ختمه ، وإذا ادعى حصول التوقيع دون علمه فيجب عليه أن يثبت ذلك عن طريق الطعن بالتزوير ؟

تردد القضاء المصرى بين الرايين ، ثم استقر قضاء محكمة النقض على الرأى الثانى فقررت فى حكمها الصادر فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ أنه دعوى اعترف الختم الذى تشهد عليه الورقة بأن الإمضاء أو الختم الموقع به على الورقة هو إمضاءه أو ختمه أو متى ثبت ذلك بعد الانكار بالدليل الذى يقدمه المتمسك بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتمسك أى دليل آخر لاعتداد صحة الورقة وإمكان اعتبارها حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الختم ولا يستطيع هذا الختم التنصل مما تثبته عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاءه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع به ، وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك ، فإن هذه هى منه دعوى تزوير تختصه يجب أن يسار فيها بالطريق القانونى (١) .

(١) نفس مدق فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ ، مجموعة التواعد القانونية جزء ١ ص ٣٤٦ رقم ١٧٤ . وقد أيدت محكمة النقض هذا الرأى فى حكم لها صادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ ، قضت بأن مجرد إعلان شخص أنه ختمه فى إحدى الصحف لا يثبت دليلا على صحة هذه الواقعة

٤٠ - حجية البيانات المذكورة في الورقة العرفية : اعتراف الخصم

بصدور الورقة العرفية منه أو ثبوت هذا بعد الإنكار يجعل للورقة العرفية قوة الورقة الرسمية فيما يتعلق بمحتوياتها المادية فإذا ادعى من يتمسك عليه بالورقة ، أو أحد غيره أن البيان الواردة في الورقة أصابها تزوير ماذى عن طريق إضافة أو حذف ، فإنما يجب عليه أن يسلك طريق الطعن بالتزوير لإثبات ما يدعيه .

ولكن إذا لم يكن هناك تزوير فإن البيانات الواردة في الورقة العرفية يجوز نقضها بطرق الإثبات العادية ولا يمنع اعتراف الشخص بتوقيعه أو خطه أن يدعى أن البيانات الواردة في الورقة لا تطابق حقيقة ما أراذه الطرفان بسبب الصورة المتفق عليها بينهما ، وفي هذه الحالة لا ضرورة لسلوك طريق الطعن بالتزوير . ولكن إن يمكن إثبات ذلك إلا بدليل كتابي لأن الأمر يتعلق بإثبات ما يخالف الكتابة . فإذا كانت الورقة العرفية مثبتة لعقد بيع صدر من شخص إلى آخر ، ونص في العقد على أن البائع قبض الثمن ، فإن البائع يستطيع - رغم اعترافه بصدور السند منه - أن يظن في هذا العقد بالصورية أو أن يثبت أنه لم يقبض الثمن ، ولكن لن يستطيع إثبات ذلك إلا بدليل كتابي هو عادة ورقة الصندوق .

٤١ - حجية تاريخ الورقة العرفية : رأينا أن الورقة العرفية إذا

== ولا يستر حجة على التمسك بورقة مختومة بهذا الختم ، فإذا كان ادعى التزوير قد طلب أن يثبت بالجنة ضياع الختم الموقع به على الورقة وأن التمسك بالورقة قد عثر عليه ووقمها به وإجابه المحكمة إلى طلبه فيجوز عن الإثبات ، بل ثبت من التحقيق عدم صحة الواقعة التي يدعيها ، فلا يقبل منه التمسك على الحكم أنه قد خالف قواعد الإثبات بقوة إنه مادام قد سبق الإعلان عن فقد الختم فإنه يكون على التمسك بمصرح هذا الختم أن يثبت صحة صدوره من صاحب هذا الختم ، مجموعة أحكام النقض للندية ١ - ٢٠٧ - ٥٧ . وأظهر في تأييد رأي محكمة النقض عبد المنعم الصدة رقم ١١١ س ١٢٠ .

اعترف بها من تنسب إليه أو إذا ثبت ذلك بعد التحقيق فإنها تكون حجة بين المتعاقدين مما دونهما من بيانات . ولا يختلف تاريخ الورقة العرفية في هذا عن بقية البيانات ، فهو حجة على المتعاقدين إلى أن ثبت العكس . أما بالنسبة للغير فإن حجة الورقة العرفية تثبت للبيانات المدونة فيها فماعد التاريخ الذى لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً . وقد نصت على هذا المادة ٣٩٥ مدنى بقولها « لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت » .

ومعنى هذا أن الغير الذى يحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية ليس بحاجة إلى أن يثبته في صحة هذا التاريخ وإنما يكفي أن يتمسك بعدم ثبوته لكي تعتبر الورقة العرفية بالنسبة له بدون تاريخ .

والغرض من هذا الحكم هو دفع ما قد يتعرض له الغير من ضرر نتيجة تقديم تاريخ الورقة العرفية ، وهذا غش يصعب على الغير أن يثبته . فإذ إذا باع شخص منقولاً لآخر وقيل أن يسلمه باعه لشخص ثان فإن البيع الثانى لا ينفذ في حق المشتري الأول الذى تملك المنقول بمجرد العقد . فلو قلنا إن تاريخ الورقة العرفية يحتج به على الغير (وهو في هذا الفرض المشتري الأول) لكان من السهل أن يتواطأ البائع مع المشتري الثانى لى تقديم التاريخ إلى ما قبل البيع الأول وذلك لحرمان المشتري الأول من المبيع ، لأن المفاضلة بين المشتريين ستكون على أساس أسبقية التاريخ الثابت لعقد كل منهما .

٤٢ - معنى الغير في ثبوت التاريخ وفقاً للمادة ٣٩٥ مدنى : يتحدد معنى الغير في هذه الحالة على ضوء الحكمة التى أجلها اشترط المشرع أن يكون تاريخ الورقة العرفية ثابتاً حتى يمكن الاحتجاج به على الغير ، هذه الحكمة هى حماية الغير من خطر تقديم تاريخ الورقة العرفية . وعلى هذا لا يقصد بالغير هنا كل شخص أجنبي عن التصرف المدون في الورقة العرفية ، وإنما يقصد به كل شخص يحتج عليه بالورقة العرفية ويضار في حق تلقاؤه من أحد طرفي

الورقة ، أو بمقتضى نص فى القانون إذا ثبت صحة تاريخها فى مواجهته ، (١) .
وعلى ذلك يعتبر من الغير فى هذا الصدد :-

٤٣ - الحلف الخاص وهو كل من تلقى من سلفه حقاً معيناً كالمشتري الذى يعتبر خلفاً للبائع . وهو (المشتري) يعتبر غيراً بالنسبة لتصرفات سلفه المتعلقة بالمال الذى انتقل إليه (الحلف) ، فلا تكون هذه التصرفات نافذة فى حق الحلف (المشتري) إلا إذا كانت ثابتة بالتاريخ وسابقة على التصرف الذى نقل المال إليه ، وإلا لكان فى وسع السلف أن يبرم تصرفات بشأن المال الذى انتقل إلى الحلف ويقدم تاريخها غشاً لئلى تكون سارية فى حق الحلف . ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ١/٦٠٤ مدنى من أنه إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية . فمشتري العقار المؤجر يعتبر من الغير بالنسبة لعقود الإيجار الصادرة من البائع ، فلا تنفذ فى حق المشتري إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على البيع . ومن ذلك أيضاً اعتبار مشتري المنقول المرهون من الغير بالنسبة لتاريخ الرهن ، فلا يكون الرهن نافذاً فى حق المشتري إلا إذا كان له تاريخ ثابت قبل البيع (المادة ١١١٧ مدنى) .

٤٤ - (٢) الدائن إذا تعلق حقه بمال معين من أموال المدين ، فإنه يصبح من الغير بالنسبة لتصرفات المدين المتعلقة بهذا المال ، ويكون ذلك فى الأحوال الآتية :

(١) الدائن الحائز ، إذا حجز الدائن على منقول مملوك لمدينة أو على ما للمدين لدى الغير ، فإنه يصبح من الغير بالنسبة لتصرفات مدينه فى المال المحجوز ، لأن الحجز يضع المال المحجوز تحت سيادة القضاة على دمه الدائن

تمهيدا لاستيفاء حقه من ثمنه ، فالقانون بهذا يجعل للدائن حقا يتعلق بالمال المحجوز يعارض مع حق المتصرف إليه بورقه عرقية . فيكون الدائن المحاجز من الغير ولا تنفذ في حقه التصرفات التي يجريها المدين في المال المحجوز إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على الحجز .

(ب) الدائن المرتهن ، إذا نفذ الدائن المرتهن على عقار المدين . فلا تنفذ في حقه عقود الإيجار الصادرة من المدين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ويستوى مع الدائن المرتهن في هذا جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه (المادة ٦٢١ مرافعات) .

(ح) الدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات : إذا رفع الدائن على مدينه دعوى عدم نفاذ التصرف الذي أجره المدين إضراراً به (الدعوى البوليصة) فإنه يعتبر غيراً بالنسبة لهذا التصرف . ومن المعلوم أن هذه الدعوى لا يمكن رفعها إلا إذا كان التصرف المطعون فيه لاحقاً لنشوء حق الدائن . ولما كان من المحتمل أن يقدم المدين تاريخ التصرف إلى ما قبل نشوء الدين ليحرم الدائن من حق رفع هذه الدعوى ، فإن القانون - حماية منه للدائن - اعتبره من الغير ، فلا تنفذ في حقه التصرفات التي يجريها المدين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على نشوء حق الدائن .

(د) دائنو المفلس : إذا شهر إفلاس التاجر فإن دائنيه يصبحون من الغير بالنسبة لمعاملاته المدنية ، لأن القانون يترتب على شهر الإفلاس رفع يد التاجر عن إدارة أمواله وثبوت حق للدائنين على هذه الأموال يجعلهم من الغير بالنسبة لما يجريه التاجر من تصرفات ، فلا تكون هذه التصرفات نافذة في حق الدائنين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على شهر الإفلاس .

ويترتب نفس الحكم إذا شهر إعسار المدين ، إذ يصبح دائنته من الغير بالنسبة إلى كل تصرف ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، وكذلك

بالنسبة لما يقوم به من وفاة ، فلا تنفذ جميع هذه التصرفات في حق الدائنين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (المادة ٢٥٧ مدني) .

٤٥ - ضرورة توافر حسن نية الغير : يلخص ما تقدم أن الورقة العرفية لا تكون حجة بتاريخها على الغير إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً وأن الغير في هذا المعنى هو كل شخص غير يمثل في الورقة ، ويترتب على ثبوت صحة تاريخها في مواجهته أن يضار في حق تلقاه من أحد طرفي الورقة أو بمقتضى نص في القانون . ويشمل ذلك الخلف الخاص والدائن إذا تعلق حقه بأموال مدينه ، ويتحقق ذلك بالنسبة للدائن الحاجز والدائن المرتهن إذا نفذ على عقارات المدين والدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات ، وكذلك إذا شغل إفلاس المدين وإعساره . ويترتب على اعتبار هؤلاء من الغير أن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة عليهم إلا إذا كان ثابتاً . فلا يطلب منهم أن يثبتوا عدم صحة التاريخ ، وإنما يكفهم أن يتمسكوا بعدم ثبوته لتعتبر الورقة العرفية في مواجهتهم بدون تاريخ .

إنما يشترط أن يكون الغير (حسن النية) فإذا كان المشتري يعلم وقت العقد أن البائع سبق أن تصرف في المبيع ، فبادر إلى إثبات تاريخ عقده ليكون مفضلاً على المشتري الأول ، فإنه لا يكون حسن النية وبالتالي لا يعتبر من الغير ، ويجوز للمشتري الأول أن يحتج عليه بتاريخ البيع الأول ولو لم يكن ثابتاً .

٤٦ - من لا يعتبر من الغير : إذا كان الغير محمداً على هذه الصورة ، فكل من عدا هؤلاء لا يعتبر غيراً وبالتالي يحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية ولو لم يكن ثابتاً . فلا يعتبر من الغير كل من كان مثلاً في الورقة العرفية بشخصه أو بناتبه ويشمل ذلك طرفي التصرف المبدون في الورقة وخلفهما

العام كالوارث والموصى له بحصة من التركة لأن هؤلاء يعتبرون مثلين في التصرفات التي يبرمها السلف . كذلك لا يعتبر الداتون العاديون من الغير لأنه ليس لهم إلا حق الضمان العام على أموال المدين وبالتالي تسرى في حقهم تصرفات المدين ولو لم تكن ثابتة التاريخ .

٤٧ - استثناء المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ : بعد أن نصت المادة ٢٩٠ مدني على أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت ، أضافت في الفقرة الثانية ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يطبق حكم هذه المادة على المخالصات ، والمخالصات هي محررات مثبتة لوفاء ، والأصل أنه يجب أن تكون ثابتة التاريخ لكي تكون حجة بتاريخها على الغير ، إلا أن المشرع تيسيراً منه على الناس ، وإقراراً لما جرى عليه القضاء قبل ذلك قد استثنى المخالصات من حكم ثبوت التاريخ . وعلى ذلك إذا حيز الدائن ما لمدينه لدى الغير فقدم مدين المدين بمخالصة تثبت وفاءه فلا يطلب منه أن تكون هذه المخالصة ثابتة التاريخ قبل الحيز ، وإنما تعتبر المخالصة حجة بتاريخها العرفي على الدائن الحاجز .

ولكن لما كان من المحتمل تغيير تاريخ المخالصة إضراراً بالدائن ، فإن المشرع جعل استثناء المخالصات من حكم ثبوت التاريخ جوازياً للقاضي إذا وجد من ظروف الدعوى ما يبرر عدم طلب ثبوت تاريخ المخالصة من الموصى .
٤٨ - الطرق التي يثبت بها التاريخ : بينت المادة ٣٩٥ مدني الطرق التي يثبت بها تاريخ الورقة العرفية في مواجهة الغير بقولها : « يكون تاريخ (الورقة ثابتاً) :

- (أ) من يوم أن تقيّد في السجل للمدين لذلك ؛
- (ب) من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ .
- (ج) من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص .

(د) من يوم (١٢) أحد من لم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يصمم لعلق في جسمه ، ويوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . وفقا لهذا النص ثبت تاريخ الورقة العرفية بإحدى الطرق الآتية :

٤٩ - (١) قيد الورقة في السجل المعد لذلك : الطريقة المعتادة لثبوت تاريخ الورقة العرفية هي قيدها في سجل خاص يعد لذلك في مكاتب التوثيق تندرج فيه البيانات الخاصة بهذه الورقة وملخص لها يوقعه الموثق وصاحب الشأن ، ثم يكتب محضر على الورقة يبين فيه تاريخ تقديمها ورقها في السجل ويختم بخاتم المكاتب ويوقعه الموثق ، وتاريخ هذا المحضر يعتبر تاريخا ثابتا للورقة .

٩٠٤ كذلك يتحقق قيد الورقة ، إذا كانت من المحررات واجبة الشهر ، فتصبح ثابتة التاريخ من وقت حدوث الشهر . كما يتحقق القيد أيضا في حالة التصديق على التوقيع ، لأن الأوراق التي يصدق على التوقيع فيها تكون في سجل خاص معد لذلك .

٥٠ - (٢) إثبات مضمون الورقة في ورقة أخرى ثابتة التاريخ : قد يحصل أن يذكر مضمون ورقة عرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ ، كورقة رسمية أو ورقة عرفية ثبت تاريخها بإحدى طرق ثبوت التاريخ . في هذه الحالة تكسب الورقة العرفية تاريخا ثابتا ويكون هو تاريخ الورقة الأخرى الثابتة التاريخ . إلزامي أن يكون مضمون الورقة العرفية - المشار إليها في الورقة ثابتة التاريخ - شاملا للبيانات اللازمة لتعين هذه الورقة وتمييزها عن غيرها .

٥١ - (٣) التأشير على الورقة من موظف عام مختص : قد يحدث أن

تقدم ورقة عرقية إلى موظف عام أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليها بما يفيد تقديمها ويكتب تاريخاً لذلك، فيكون هذا التاريخ تاريخاً ثابتاً للورقة العرقية ومثال ذلك أن تقدم ورقة عرقية في قضية فيؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة بما يفيد تقديمها، أو أن يقدم عقد إلى محصل الرسوم فيؤشر عليه بما يفيد تحصيل الرسم المستحق. وبالنسبة للمراسلات المسجلة فإن ختم مصلحة البريد يعتبر تاريخاً ثابتاً لها إذا كانت الرسالة تذكراً مكشوفة أو غير منفصلة عن المظروف لأنه يمكن التثبت من هذا التاريخ بالرجوع إلى السجلات التي تدون فيها المراسلات المسجلة، أما المراسلات غير المسجلة فلا يكسبها الختم تاريخاً ثابتاً لأنه لا يمكن التثبت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية.

٥٢ - (٤) وجود خط أو توقيع لشخص توفي أو أصابه عجز جساني: إذا كانت الورقة العرقية تحمل أمراً معترفاً به - كخط أو توقيع - لشخص توفي أو أصابه عجز جساني بمنعه من الكتابة، فإن ذلك يكون قاطعاً للدلالة على صدور الورقة قبل الوفاة أو العجز الجسائي، وبالتالي يعتبر تاريخ الوفاة أو العجز تاريخاً ثابتاً للورقة. ولا يشترط أن يكون الموقع على الورقة طرفاً في التصرف المدبون في الورقة، بل يكفي توقيعه بصفته شاهداً أو ضامناً. وإذا كانت الورقة من الأوراق التي يشترط فيها التوقيع فلا يكفي مجرد وجود خط للتوقيع عليها إذا كان التوقيع قد تم من غير صاحب الخط فقد يحدث أن تكتب الورقة ثم يتوفى كاتبها أو يصيبه عجز جسائي قبل توقيعها فلا يعتبر تاريخ الوفاة أو العجز تاريخاً ثابتاً للورقة، لأن الورقة لا قيمة لها دون توقيع.

وأما بالنسبة للختم فيجوز أن يكون التوقيع به قد تم بعد وفاة صاحبه، ولذلك لا يلزم أن ثبت تاريخ الورقة من يوم وفاة صاحب الختم، بل يجوز إثبات أن التوقيع بالختم قد تم بعد وفاة صاحبه. وهذه مسألة تقدرها محكمة الموضوع وفق ما يراه من ظروف الدعوى.

هذه هي الطرق التي يثبت بها التاريخ والتي ذكرتها المادة ٣٩٥ مدني . إلا أن هذه الطرق لم ترد على سبيل الحصر ، لأن المادة ٣٩٥ بعد أن عُدَّت هذه الطرق أضافت « وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا في أن الواقعة قد صدرت قبل وقوعه » . وعلى ذلك يستطيع القاضي أن يعتبر تاريخ الورقة العرفية ثابتا ، إذا أمكن إرجاعه إلى واقعة قاطعة الدلالة على ذلك ، حتى ولو لم تكن من الوقائع التي ذكرتها المادة ٣٩٥ مدني لثبوت التاريخ .

٥٣ - حجية صور الأوراق العرفية : الأصل أن صور الأوراق العرفية لا حجية لها في الإثبات . ذلك أن الصورة هي نسخة تنقل من المحرر الأصلي وتكون خالية من التوقيع . وقد رأيت بأن الورقة العرفية تستمد قوتها من توقيع ذوى الشأن عليها ، وبما أن الصورة لا تحمل توقيعاً فلا تكون لها حجية ما ، إلا إذا كانت الصورة مكتوبة بخط المدين فإنها تكون صالحة لاعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة .

وإذا كان الأصل أن صور الأوراق العرفية لا حجية لها في الإثبات ، إلا أن هناك نوعاً من الأوراق العرفية كان ينبغي على المشرع أن يجعل لصورة قوة في الإثبات ، وهذه هي الأوراق العرفية المسجلة ، إذ تقضي قواعد الشير أن تحفظ أصول هذه المحررات في مكاتب الشهر العقارى ويعطى منها صور فوتوغرافية لذوى الشأن . في هذه الحالة يكون للصورة المأخوذة عن الأصل حجة الأصل إذا لم يتنازع فيها ، وإذا نوزع فيها أمكن مراجعتها على الأصل . وإذا كان الأصل قد فقد فإن الصورة في هذه الحالة تكون لها حجية الأصل أو على الأقل تعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة .

ثانياً - الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات

٥٤ - قلنا فيما سبق أن هذا النوع من الأوراق يغلب ألا يكون موقفاً

وان القانون يعطيه قوة حسب ما يتوافر فيه من عناصر الإثبات . وقد ذكر القانون أربعة أنواع من هذه الأوراق هي :-

- ١ — الرسائل والبرقيات
- ٢ — دفاتر التجار
- ٣ — الدفاتر والأوراق المنزلية
- ٤ — التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين .

وستتكم عن كل نوع من هذه الأوراق فيما يلي :

٤٥ — أولا — الرسائل والبرقيات : للرسائل أهميتها في الإثبات خصوصا فيما يتعلق بالعاملات التجارية ، فهي وإن كانت أوراقا لم تعد للإثبات إلا أنها تتضمن شرطي الكتابة والتوقيع اللذين يتطلبهما القانون بالنسبة للورقة العرفية . ولذلك سوى المشرع بينها وبين الورقة العرفية ، فنصت المادة ١/٣٩٦ مدني على أن تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . ووضح من النص أن الرسالة يجب أن تكون موقعة من مرسلها أما إذا لم تكن موقعة فيمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت بخط من يحتج عليه بها .

وتعتبر الرسالة ملكا للمرسل إليه فيستطيع على هذا الأساس الاحتجاج بها على مرسلها . إنما إذا تضمنت الرسالة سرا للمرسل ، فلن يستطيع المرسل إليه تقديمها إلى القضاء وإلا كان في وسع المرسل أن يطلب استبعادها ، كما يكون له أن يطلب تعريضا من المرسل إليه .

وإذا كانت الرسالة تتضمن إقرارا بفيد الغير ، فإنه لا يستطيع أن يتمسك بها دون إذن المرسل إليه . وتمسك الغير بالرسالة يكون مقيدا بعدم إفشاء ما ورد فيها من أسرار إلا إذا أذن مرسلها بذلك . ولكن إذا كان الغير قد حصل على الرسالة بطريق غير مشروع كالسرقة مثلا ، فلا يجوز له أن يتمسك بها أمام القضاء ، ويكون للمرسل إليه أن يطلب استبعادها ويجب (٤ — ٤)

على القاضي أن يحميه إلى طلبه حتى ولو كانت الرسالة خالية من أى سر (١). وإذا كانت الرسالة مشتركة بين المرسل إليه والغير ، جاز للغير التمسك بها دون إذن المرسل إليه بشرط ألا يكون قد حصل عليها بطريقة غير مشروعة ، كما يكون للغير أن يطلب إلزام المرسل إليه بتقديم الرسالة إلى القضاء (المادة ٢٥٣ مرافعات) .

وأما بالنسبة للبرقيات ، فقد أعطاهما القانون قيمة الورقة العرفية أيضاً ، إذ تضيف الفقرة الثانية من المادة ٣٩٦ « وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقفاً عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » ، فالبرقيات إذا لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات بشرط أن يكون أصلها المحفوظ بمكتب التصدير موقفاً عليه من مرسلها ، وقد افترض المشرع مطابقة البرقية لأصلها لأن موظف مكتب التلغراف لا مصلحة له في تغيير مضمون الأصل ، ولكن يكون لذى الشأن أن يثبت عدم مطابقة البرقية لأصلها المودع بمكتب التلغراف .

وإذا أعدم الأصل بعد انقضاء المدة المقررة لحفظه ، فلا يمتد بالبرقية إلا على سبيل الاستئناس (المادة ٣/٣٩٦) لأنها تستمد حجيتها من وجود الأصل .

٥٦ دفتر التجار

يلزم القانون التجارى التجار أن يسكوا دفتر معينه يقيدون فيها كل ما يتعلق بتجارتهم بطريقة تكفل بيان المركز المالى للتاجر وتوضح ماله من حقوق وما عليه من ديون متعلقة بتجارته (القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣) . وقد أوجب القانون مراعاة أوضاع معينة في استعمال هذه

(١) عبد النعم الصدة ، المرجع السابق رقم ١٤٨ ، وسليمان مرقس ، موجز الإثبات رقم ٩٠

الدفاتر من شأنها أن تبعت على الثقة فيها ، وأن تسمع باعتبارها قرينة على صحة ما دون إلى درجة معينة على الأقل .

وقد بنيت المادة ٣٩٧ من القانون المدنى حجة دفاتر التجار في الإثبات في المواد المدنية بقولها :

١ - « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساسا يجوز للقاضي أن يوجه اليه التهمة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبدنة . »

٢ - « وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه . »

ومن هذا النص يتبين أن دفاتر التاجر تكون دائما حجة عليه ، كما أنها قد تكون حجة له بعض الأحوال .

٥٧ - « دفاتر التاجر حجة عليه : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧ مدنى تقرر أن دفاتر التجار تعتبر حجة على هؤلاء التجار . وسبب ذلك أن ما بها من بيانات قد قام التاجر بتدوينها بنفسه ، فهي بمثابة إقرار صادر منه ، ولذلك فإن المشرع أنزلها منزلة الإقرار من حيث عدم جواز التجزئة ، فإذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها فيأخذ ما يقيده ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه . فمثلا إذا دون التاجر في فتره أنه تسلم البضاعة وقام بدفع ثمنها ، فلا يجوز للنخصم أن يجزئ هذه العبارة فيأخذ منها ما يقيده وهو واقعة تسلم البضاعة ، ويستبعد ما يضره وهو واقعة دفع الثمن . وأما إذا كانت دفاتر التاجر غير منتظمة فإن للقاضي أن يقرر قيمتها دون أن يتقيد في ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار . »

وتعتبر دفاتر التاجر حجة عليه سواء أ كانت منتظمة أم غير منتظمة ،
وسواء كان خصمه تاجرا أم غير تاجر ، كما يستوى أن يكون الأمر متعلقا
بنزاع تجارى أو مدنى . إلا أنه يلاحظ أن الدليل المستمد من دفتر التاجر
في هذه الحالة يقبل لإثبات العكس ، فلصاحب الدفتر أن يثبت عكس ما ورد
به بكل طرق الإثبات .

٥٨ - دفاتر التاجر قد تكون حجة له : الأصل أن دفاتر التاجر
لا تكون حجة له ، لأنه لا يمكن للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه . ولكن
المشرع خرج على هذه القاعدة واعتبر دفاتر التاجر حجة له في حالتين :-

(١) في الدعاوى التجارية إذا كان الخصم تاجرا ، إذ تنص المادة ١٧
تجارى على أنه « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات في دعاوى
التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة
قانونا » . والأمور سهل في هذه الحالة لأن القاضى يستطيع أن يقارن دفاتر
التاجرين ، فإن كانت منتظمة ومتطابقة اطمان إلى سلامة الدليل ، وإلا فله
مطلق الحرية أن يأخذ بها أو يطرحها حسب ما يترأى له من ظروف
الدعوى .

٢ - أما في الدعاوى المدنية فالقاعدة أن دفاتر التاجر لا تكون حجة
له ، وقد قررت هذه القاعدة المادة ٣٩٧ مدنى في فقرتها الأولى بقولها
« دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار » ، إلا أن هذه الفقرة بعد
نصت على هذه القاعدة أضافت « غير أن البيانات المشتتة فيها عما ورده التجار
تصلح أساسا لميز للقاضى أن يوجه التهمة إلى أى من الطرفين وذلك
فما يجوز إثباته بالبينة » . وهذا النص يتضمن استثناء مؤداه أن دفاتر التاجر
تعتبر حجة له على غير التاجر . وهذا الاستثناء قاصر على ما يورده التاجر
لعملائه غير التجار في حدود ما يجوز إثباته بالبينة ، أى يشترط ألا يتجاوز

قيمة البضاعة التي وردها التاجر لعميله عشرة جنيهات . هذا إلى أن الحجية المستمدة من دفتر التاجر في هذه الحالة حجية ناقصة ، فإذا ما قبلها القاضي تعين عليه أن يكملها بتوجيه التمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين وعلى أية حال فالأخذ بهذا الدليل جوازى للقاضي ، ولذلك لا يلزم أن تكون دفاتر التاجر منظمة . كما يستطيع الخصم أن ينقض الدليل المستمد من هذه الدفاتر بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن .

٥٩ - الدفاتر والأوراق المنزلية :

يقصد بهذه الدفاتر والأوراق ما يكون لدى بعض الأفراد من مذكرات خاصة يثبوتون فيها ما يتعلق بمحقوقهم والتزاماتهم ، سواء أكانت هذه المذكرات في صورة دفاتر حسابات أو أجندات أو أوراق متفرقة . ولما كان القانون لا يلزم الأفراد بامساك هذه الأوراق ولا يتطلب أوضاعا معينة فيها يدون فيها من بيانات ، فإنه لا يعطى نفس القيمة التي للدفاتر التجارية . وقد بينت المادة ٣٩٨ مدى حجية هذا النوع من الأوراق بقولها : لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينه .

(ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم

مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحة .

وبين من هذا النص أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة

لصاحبها لأن القاعدة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلا لنفسه ، ومع ذلك فليس هناك ما يمنع القاضي من أن يستخلص من هذه الأوراق قرينة لصالح من صدرت منه تصاف إلى قرائن أخرى وفقا للقواعد العامة في الإثبات بالقرائن ، من ذلك ما قرره القضاء من أن الطبيب الذي يدون في دفاتره بانتظام زياراته لمرضاه يستطيع أن يستند إلى هذه الدفاتر في مطالبة

مرضاه ولو بما يجاوز نصاب البينة لأن علاقته بمرضاه تعتبر مانعا أدبيا من الحصول على كتابة .

والقاعدة أيضا أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه ، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء في حالتين ذكرتهما المادة ٣٩٧ مدني على سبيل الحصر تكون فيهما هذه الأوراق حجة على صاحبها : الأولى هي حالة ما إذا ذكر في هذه الأوراق صراحة أنه استوفى دينه ، إذ يعتبر هذا بمثابة إقرار منه ، ولا يعقل أن يدون الشخص هذا في أوراقه الخاصة دون أن يكون الوفاء قد تم فعلا .

الثانية إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته ، وهذه حالة نادرة الوقوع لأن الشخص إذا قصد أن تقوم هذه الأوراق مقام السند فانه سيوقع عليها . وفي هذه الحالة ستكون الورقة الموقعة دليلا كتابيا كاملا ولا حاجة إلى الاستناد إلى هذا النص الاستثنائي .

وحجة الدفاتر والأوراق المنزلية ليست مطلقة في هاتين الحالتين ، إذ يستطيع من صدرت منه أن يثبت عكس ما ورد فيها ، وهو يستطيع ذلك بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن ، ولا تطبق هنا قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة لأن الدفاتر والأوراق المنزلية ليست أوراقا عرفة كاملة فلا تطبق عليها هذه القاعدة (١) .

وبلاحظ أخيرا أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم الدفاتر والأوراق المنزلية إلا إذا كانت مشتركة بين الخصمين كما إذا كانت متعلقة بتركة أو شركة ، أو إذا كان قد سبق لصاحب هذه الأوراق أن قدمها من تلقاء نفسه إلى المحكمة (المادة ٢٥٣ من أرقام)

(١) عبد التعم الصدة من ١٨٧ ، وعكس ذلك سليمان مرقس ، الموجز من ١٠٦ .

٦٠ - التأشير على سند الدين :

يحدث أحيانا - خصوصا إذا كان الوفاء جزئيا - أن يكتب في إثبات الوفاء بأن يقوم الدائن بالتأشير بما يفيد هذا الوفاء على سند الدين الموجود في حيازته . وقد يكون التأشير على نسخة أصلية من السند في يد المدين أو على مخالصة بدفعة سابقة من الدين . وقد بينت المادة ٣٩٩ مدى حجية التأشير في هاتين الحالتين بقولها :

١ - التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقفا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته .

٢ - وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن مخطئه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند ، أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين ،

ويظهر من هذا النص أنه يجب التفرقة بين ما إذا كان السند - المؤشر عليه بما يستفاد منه براءة ذمة المدين - في حيازة الدائن أم حيازة المدين

٦١ - التأشير على سند في حيازة الدائن :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ مدى تجعل التأشير في هذه الحالة حجة على الدائن بحصول الوفاء حتى يثبت العكس . ولا يتطلب القانون أن يكون هذا التأشير بخط الدائن أو أن يكون موقفا عليه منه ، كما لا يشترط أن يكون التأشير في شكل معين أو في مكان معين من السند فقد يكون في هامشه أو في أسفله أو في ظهره . ولكن يشترط أن يكون السند قد ظل في حيازته الدائن ، فإذا كان السند قد خرج من حيازته . ولو لفترة قصيرة انتفت دلالة هذا التأشير . ويقع على الدائن عبء إثبات خروج السند من حيازته إذا أراد أن ينفي دلالة التأشير على براءة المدين . ودلالة براءة ذمة المدين

المستفادة من التأشير ليست قاطعة ، إذ يستطيع الدائن أن ينقضها بإثبات أن التأشير تم عن غلط أو أنه كتب مقدما توقعا لوفاء لم يتم . والدائن يستطيع ذلك بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن لأن التأشير غير الموقع لا يعتبر دليلا كتابيا كاملا يجب الكتابة في إثبات ما يخالفه (١) .

وإذا وجد التأشير على السند مشطوبا ، فالرأى الغالب في الفقه أنه يترتب على الشطب زوال قيمة التأشير ، ينبغي أن يتقن للتأشير المشطوب حجته طالما يظل مقروءا (٢) . ولكننا نفضل الرأي القائل بترك الأمر لتقدير القاضي ليعطي للتأشير حجته أو ليجرده من هذه الحجية تبعاً لظروف الحالة المعروضة أمامه (٣)

٦٢ - التأشير على سنداً ومخالفة في حيازة المدين :

قد يكون التأشير بما يستفاد منه براءة الذمة على صورة أصلية للسند تحت يد المدين ، أو على مخالصة بالوفاء بدفعة سابقة من الدين . في هذه الحالة يكون للتأشير دلالة على براءة ذمة المدين ولو لم يكن موقعاً من الدائن ، إما يشترط لذلك أن يتوافر شرطان :

الأول : أن يكون التأشير بخط الدائن ، ذلك أن النسخة أو المخالصة سألت تحمل التأشير تكون في حيازة المدين ، ومن السهل أن يستكتب هذا الأخير شخصاً آخر ما يفيد براءة ذمته .

الثاني : أن تكون النسخة أو المخالصة المؤشر عليها تحت يد المدين أو تحت يد شخص يحتفظ بها لحسابه كوكيل أو مودع لديه .

إذا توافر هذان الشرطان كان التأشير حجة على الدائن ، ويستطيع هذا

(١) عبد النعم الصدة ، رقم ١٦٤ . عكس ذلك سليمان مرقس ، الموجز ص ١٠٩ .

(٢) سليمان مرقس ، الموجز ، رقم ١٠١ — جميل الصرطوى ص ٧٠ .

(٣) عبد النعم الصدة ، المرجع السابق .

الأخير أن يتقضى هذه الحجة بكل طرق الإثبات ، كما رأينا بالنسبة لنقض حجة التأشير على سند الدين الموجود تحت يد الدائن .

وإذا كان التأشير الذى على السند أو المخالصة مشطوباً فإن التأشير يفقد دلالته (وهذا على خلاف الحالة السابقة) . ذلك أن الورقة المؤشـر عليها تحت يد المدين وهو لا يسمع بشطب التأشير الدال على البراءة إلا إذا كان الوفاء لم يتم فعلاً .

المبحث الثالث

الحالات التى يتطلب فيها القانون الكتابة للإثبات

٦٣ - ذكرنا فيما سبق أن الكتابة هى وسيلة الإثبات التى يتطلبها القانون أساساً بالنسبة للتصرفات القانونية ، أما الوقائع المادية فيمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعتها لا تسمح أن يتطلب المشرع بشأنها دليلاً معيَّناً . ولكن إذا تطلب المشرع الكتابة بالنسبة لجميع التصرفات القانونية لكان فى ذلك كثير من العنت ، ولذلك لا يجب الكتابة إلا إذا زادت قيمة التصرف عن حد معين قدره المشرع بعشرة جنهات ، أو إذا كان التصرف غير محدد القيمة (المادة ١/٤٠٠ مدنى) .

وقد لا تزيد قيمة التصرف عن عشرة جنهات ومع ذلك يحرم من ذوو الشأن على كتابته ، وفى هذه الحالة أوجب القانون الكتابة لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ، حتى ولو لم تزيد قيمة التصرف على عشرة جنهات .

ويضاف إلى هاتين الحالتين حالات أخرى يتطلب فيها القانون الكتابة لإثبات بعض التصرفات دون اعتبار لقيمتها كما فى عقد الصلح (المادة ٥٥٣ مدنى) ، وعقد الكفالة (المادة ٧٧٣ مدنى) ، والكتابة الرسمية المطلوبة لعقد الهبة (المادة ٤٤٨ مدنى) ، والهبة الرسمى (المادة ١٠٣١ مدنى) ،

إلا أن دراسة إثبات هذه التصرفات تكون بمناسبة دراستها . ولذلك سنقتصر على عرض القاعدتين الأساسيتين في هذا الموضوع وهما :

١ - وجوب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات .

٢ - وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

أولاً

وجود الكتابة في إثبات ما يجاوز قيمته عشرة جنيهات

٦٤ - شروط تطبيق القاعدة :

تنص المادة ١/٤٠٠ - القانون المدني على أنه : في غير الموارد التجارية إذا كان التصرف القانوني يزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ويتبين من هذا النص أنه يجب أن يتوافر شرطان لتطبيق هذه القاعدة : أولهما أن نكون بصدد تصرف قانوني مدني ، والثاني أن تزيد قيمة هذا التصرف على عشرة جنيهات أو أن يكون غير محدد القيمة .

٦٥ - (١) أن يكون محل الإثبات تصرفاً قانونياً :

رأينا أن المادة ٤٠٠ مدني تقصر وجوب الإثبات بالكتابة فيما تجاوز قيمته عشر جنيهات على التصرفات القانونية ، ويستوى أن تكون هذه التصرفات عقوداً كالبيع والإيجار أو أن تكون تصرفات بإرادة منفردة كالإقرار ، وإحالة التصرف القابل للإبطال والذول عن الحق في الشفعة .

ويلاحظ أن بعض التصرفات التي تم بإرادة منفردة قد تستنتج من أفعال يقوم بها الشخص الذي ينسب إليه التصرف ، كالأجازة الضمنية للعقد القابل

للإبطال إذ يمكن أن تستخلص من أفعال يقوم بها من له الحق في الإبطال وفي هذه الحالة يجوز إثبات هذه الإجازة الضمنية بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن .

وإذا كان ما يراد إثباته هو تصرف قانوني فإن الكتابة يجب في إثباته سواء أكان ذلك في دعوى مدنية أم في دعوى جنائية . فإذا كنا بصدد جريمة خيانة أمانة فإن الكتابة تكون واجبة في إثبات عقد الوديعة أو الوكالة الذي تقوم عليه هذه الجريمة إذا كانت قيمة الشيء المبدد تزيد على عشرة جنيهات .

ويجب أخيراً تطبيق هذه القاعدة أن يكون التصرف مدنياً ، لأن المشرع يميز إثبات الأعمال التجارية بكل طرق الإثبات أما كانت قيمة التصرف .

٦٦ - (٢) قيمة الصرف

لا يكفي أن نكون بصدد تصرف قانوني لكي تكون الكتابة واجبة في إثباته ، بل يجب أن تزيد قيمة هذا الصرف على عشرة جنيهات ، لأن المشرع رأى أن اشتراط الكتابة فيما تقل قيمته عن هذا الحد قد يكون سبباً في تعطيل المعاملات بين من لا يعرفون القراءة والكتابة .

وقد أعطى المشرع التصرف الغير محدد القيمة حكم التصرفات التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات وأوجب الكتابة في إثباته . ومثال ذلك الالتزام بعدم البناء .

٦٧ - طريقة تقدير الصرف

يقصد بقيمة الصرف قيمة ما ينشأ عن هذا الصرف من هonor والعمرة في تقدير هذه القيمة بوقت صدور الصرف (المادة ٤٠ : ٢ مدني) . فإذا كانت قيمة الصرف وقت صدوره تزيد على عشرة جنيهات كانت الكتابة

واجبه في إثباته حتى ولو كان المطالب به وقت رفع الدعوى يقل عن هذه القيمة . وعلى العكس إذا كانت قيمة التصرف وقد صدوره لا تزيد على عشرة جنهات جاز الإثبات بالبينه حتى لو زادت هذه القيمة وقت المطالبة عن هذا القدر بسبب إضافة الفوائد إلى أصل الدين مثلا . وقد نصت على هذا الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ مدني بقولها « ويجوز الإثبات بالبينه إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى أصل الدين » .

ولا تتور صعوبة في تقدير قيمة التصرف إذا كان محله دفع مبلغ من النقود . أما إذا كان محل التصرف غير مقدر بالنقود فإن القاضي يقدر قيمته مستعينا في ذلك بأهل الخبرة .

وقد اعتبر القانون مطالبة المدعي بما يجاوز نصاب البينه قرينة على أن قيمة التصرف تزيد على عشرة جنهات وألزمه بأن ثبت حقه بالكتابة حتى لو خفض طلبه بعد ذلك إلى ما لا يجاوز نصاب البينه (١) . وقد نصت على هذا الحكم المادة ٤٠١ مدني بقولها « لا يجوز الإثبات بالبينه ولو لم تزد القيمة على عشرة جنهات : (ج) إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على عشرة جنهات ثم عدل طلبه بعد ذلك إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة » .

٦٨ - تجزئة الدين :

يترتب على القول أن العبرة بقيمة التصرف وقت نشوئه - أنه إذا كان حق الدائن في ذلك الوقت يجاوز نصاب البينه فإن الكتابة تكون واجبة في الإثبات حتى ولو كان ما يطالب به الدائن هو جزء من هذا الحق لا تزيد قيمته على عشرة جنهات ، ذلك أن إباحة الإثبات بالبينه في هذه الحالة يتيح

(١) وبلاحظ أن هذه القرينة لا تقوم إلا في حالة المطالبة القضائية . فإذا طالب الدائن مدينه وديا بما يزيد على عشرة جنهات ، ثم رفع دعواه بعد ذلك مطالبا بما لا يزيد عن هذه القيمة فانه يستطيع أن يثبت حقه بالبينه - عبد الحميد الصدة ، رقم ١٧٥ .

للدائن أن يجرىء مطالبته ويتخلص بذلك من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة. ويستوى أن يكون ما يطالب به الدائن هو جزء من أجزاء متعددة أم أن يكون هو الجزء الأخير من الدين، فالحكم واحد في الحالتين. وقد نصت على هذا المادة ٤٠١ / ب مدني بقولها أنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم ترد القيمة على عشرة جنهات، إذ كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة،^{١١}.

٦٩ - تعدد الالتزامات بين الخصوم أنفسهم :

لما كانت العبرة بقسمة التصرف وقت نشوئه، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا تعددت الالتزامات بين الخصوم أنفسهم، فإن قيمة هذه الالتزامات لا تجمع عند المطالبة لمعرفة ما إذا كانت الكتابة واجبة أم لا بل يجب أن ينظر إلى قيمة كل منها على حدة، فالألتزامات التي تجاوز قيمته نصاب البينة جاز إثباته بالبينة حتى ولو كانت قيمة هذه الالتزامات في مجموعها تزيد على عشرة جنهات. وقد نصت على ذلك المادة ٤٠٠ مدني في فقرتها الثالثة بقولها وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنهات ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة...

وعلى ذلك إذا طالب الدائن مدينه بثلاث مبالغ ناشئة عن عقد قرض وعقد بيع وعقد إيجار، فإنه يستطيع أن يثبت كلا من هذه المبالغ الثلاثة بالبينة إذا كانت قيمته لا تجاوز عشرة جنهات حتى لو تجاوزت الديون مجتمعة هذه القيمة. وكذلك الحكم إذا كانت التصرفات من طبيعة واحدة ولكنها

(١) وعلى ذلك إذا تولى دائن من تجاوز قيمته نصاب البينة وانقسم حقه بين ورثته، وجب على كل منهم عند المطالبة بتسليمه أن يثبت دعواه بالكتابة حتى ولو كان ما يطالب به لا يزيد على عشرة جنهات.

تمت في أوقات مختلفة كبيع ساعة بثمانية جنيهات وقلم بخمسة جنيهات ، إذ يستطيع الدائن في هذه الحالة أن يثبت بالبينة كل تصرف على حدة رغم أن مجموع ما يطالب به يزيد على عشرة جنيهات . ولكن إذا بيعت هذه الأشياء كصفقة واحدة ، فإننا نكون بصدد تصرف واحد تزيد قيمته على عشرة جنيهات وبالتالي يجب الكتابة في إثباته .

٧٠ - إثبات الوفاء

اعتبر المشرع الوفاء تصرفاً قانونياً مستقلاً يترتب عليه انقضاء الدين ، وبالتالي فهو يخضع لقاعدة الإثبات بالكتابة إذا كانت قيمة الموفي به تزيد على عشرة جنيهات . أما إذا كان الموفي به أقل من ذلك فإن الدينة تجوز في إثباته حتى ولو كان هذا الوفاء وفاء جزئياً لدين لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . وقد نصت على هذا الحكم المادة ٤٠٠ مدني في نهاية الفقرة الثالثة منها .

وهذا الحكم قد يساء استعماله في العمل ، إذ هو ييسر للدين بدين يجب الكتابة في إثباته أن يدعى وفاء بهذا الدين على أقساط متعددة كل منها لا يجاوز نصاب الدينة . وقد كان القضاء يجري على خلاف ذلك في ظل القانون القديم ، إذ كان يتطلب الكتابة في إثبات الوفاء إذا كان أصل الدين يجاوز نصاب الدينة حتى ولو كان الموفي به لا يزيد عن هذه القيمة ، فكان أن العبرة في إثبات الإلتزام هي بأصل القيمة لا بمقتضى الجزاء المطلوب منه ، فكذلك تكون العبرة في إثبات الوفاء بقيمة الإلتزام لا بمقدار ما يراد إثباته من وفاء جزئي ، إلا أن هذا القضاء أصبح يخالف حكم المادة ٤٠٠ / ٣ من القانون المدني الجديد^(١) .

ويلاحظ أن حكم المادة ٤٠٠ / ٣ مدني لا يطبق إلا إذا كان الذي يتمسك بالوفاء هو المدين لثبت برأه ذمته . أما إذا أريد إثبات الوفاء شيء

آخر غير براءة الذمة ، كما لو تمسك الدائن بالوفاء ليثبت إجازة المدين للعقد القابل للإبطال ، أو ليثبت قطع التقادم ، فإن العبرة في هذه الحالة تكون بقيمة الدين كله لا بقيمة الجزء الذي تم الوفاء به .

ثانيا

وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة

٧٠ - شروط تطبيق هذه القاعدة :

تنص المادة ٤٠١ / ١ على أنه : لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم يزد القيمة على عشرة جنهات فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ، فالكتابة واجبة إذا في إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ويتبين من النص أنه يجب توافر ثلاثة شروط لتطبيق هذه القاعدة . (١) أن يوجد دليل كتابي (٢) أن يكون الدليل الكتابي مختصا بقانون مدني (٣) أن يكون . المراد إثباته بخلاف أو يجاوز الثابت بالكتابة .

٧١ - (١) أن يوجد دليل كتابي :

يجب لتطبيق هذه القاعدة أن يوجد دليل كتابي كامل ، كالأوراق الرسمية ، أو الأوراق العرفية المعدة للإثبات ، أو الرسائل الموقع عليها ، فقد رأينا أن القانون يعطي الرسائل الموقعة قيمة الورقة العرفية المعدة للإثبات . ولا يتحقق هذا الشرط إذا كنا بصدد دليل كتابي غير كامل كالدفاتر والأوراق المنزلية ، والتأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، ففي هذه الحالات يجوز إثبات عكس ما هو مدون في هذه الأوراق بكل طرق الإثبات دون التقيد بقاعدة عدم حوزة إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة .

٧٢ - (٢) أن تكون الكتابة مثبتة لتصرف مدني :

يجب أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا ، فقد رأينا أن
أن التصرفات التجارية لا تخضع لقاعدة وجوب الكتابة في إثبات ما تزيد
قيمتها على عشرة جنهات - وهي (التصرفات التجارية) لا تخضع كذلك
لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف أو يجاوز الكتابة . فإذا كان
التصرف التجاري ثابتا بالكتابة فإنه يجوز مع ذلك إثبات ما يخالفه بالبدنة .

وإذا كان التصرف مدنيا طبقت عليه هذه القاعدة حتى ولو كانت قيمته
لا تزيد على عشرة جنهات - بل إن أهمية هذه القاعدة لا تظهر إلا في هذه
الحالة ، إذ لو زادت قيمة التصرف على عشرة جنهات لطبقت القاعدة الأولى
التي تقتضي بوجوب الكتابة في إثبات ما تزيد قيمته على عشرة جنهات .

٧٣ - (٣) أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الكتابة

وأخيرا يشترط كتمطيق هذه القاعدة أن يكون المراد إثباته يخالف
أو يجاوز الكتابة .

ويقصد بإثبات ما يخالف الكتابة تكذيب المكتوب ، فمثلا إذا كانت
الورقة مثبتة لعقد بيع ذكر فيه أن الثمن قد دفع ، فلا يستطيع البائع أن
يدعي أن التصرف في حقيقته هبة مستورة وأن الثمن لم يدفع لأن ذلك يعتبر
إثباتا لما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي ، وبالتالي يجب الكتابة
في إثباته .

وأما إثبات ما يجاوز الكتابة فعنا ادعاء إضافة أو تعديل لما هو مكتوب .
فإذا كان المدون بالكتابة عقد قرض لم يذكر فيه أن القرض متج
فوائد ، فلا يستطيع الدائن الادعاء بأن القرض يغل فوائد إلا إذا أثبت
ذلك بالكتابة .

وإذا كان تاريخ التصرف المدون بالورقة طبقت القاعدة لأن إثبات أن

وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل على دليل كتابي .
ذكر في المادتين ٤٠٢، ٤٠٣ حالات يجوز فيها الإثبات بالبيئة أو القرائن
رغم توافر الشروط التي تجعل الكتابة وواجبة وفقا للقاعدتين السابقتين .
هذه الحالات هي : وجود مبدأ ثبوت بالكتابة وجود مانع من حال
دون الحصول على دليل كتابي وقد السند بقوة قاهرة . وهناك حالة
أخرى لم تذكرها هذه النصوص وإنما تقضى بها القواعد العامة وهي حالة
الغش أو الاحتمال على القانون . وسنعرض لهذه الحالات بالتفصيل عند
كلامنا عن الإثبات بالبيئة .

٧٥ - إثبات الصورية :

تعتبر الصورية من أهم الحالة التي يثور بشأنها قاعدة عدم جواز
إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فإذا كان العقد الصوري ثابتا
بالكتابة ، فعلى من يدعى صورية هذا العقد أن يثبت الصورية بالكتابة
حتى لو كانت قيمة التصرف لا تزيد على عشرة جنهات ، وهذه الكتابة
تكون عادة ورقة الضد . فالقاعدة إذا أنه فيما بين المتعاقدين لا يمكن إثبات
الصورية إلا بالكتابة . هذا إلا إذا كانت الصورية تنطوي على غش ،
أو كان مدعى الصورية في إحدى الحالات التي يحجز الإثبات بالبيئة بدلا من
الكتابة كوجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو وجود مانع من الحصول على
دليل كتابي ، أو ضياع السند بقوة قاهرة ، فيجوز له في هذه الحالة أن يثبت
الصورية بالبيئة ، ولا يتقيد بقاعدة وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف
أو ما يجاوز الكتابة . ويعتبر متعاقدا في هذا المعنى كل من كان طرفا في العقد
الصوري بشخصه أو بنائيه ومن خلفه خلافة عامة كالوارث والموصى
له بحصة من التركة .

أما بالنسبة للغير فلا تطبق قاعدة وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف
أو ما يجاوز الكتابة ، ذلك أن الغير لم يكن طرفا في التصرف الصوري

وبالتالى لم يكن فى وسعه أن يحصل على دليل كتابى ضد الصورية ، ولذلك يجوز له أن يثبتها بكل طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن . والغير فى هذا المعنى ، هو كل شخص لم يكن طرفا فى التصرف الصورى وتكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار من هذا التصرف ، (١) . ويشمل ذلك الدائنين والخلف الخاص لكل من المتعاقدين .

فمثلا إذا باع المدين مالا مملوكا له يباع صورياكى يمنع دائنيه من التنفيذ عليه فإن دائنيه يعتبرون من الغير بالنسبة لهذا التصرف ، ويستطيعون إثبات صوريته بكل طرق الإثبات .

الفصل الثاني

البينة

٧٦ - تعريف البينة :

البينة أو شاهد الشهود هي إخبار الشخص أمام القضاء لواقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لغيره . ويجب أن تكون الشهادة مباشرة بأن يخبر الشاهد بما وقع من الغير تحت سمعه أو بصره . كمن يشهد تعاقدًا أو حادثة فيروى ما سمعه أو رآه . أما إذا كانت الشهادة غير مباشرة أو سماعية - كأن يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير - فلا تعتبر شهادة بالمعنى القانوني تكون لها حجية البينة ، وإن كان للمحكمة أن تستنير بها باعتبارها قرينة على صحة المدعى به .

ويجب أن يكون الشاهد مميزا ، وأن تكون سنه قد بلغت أربع عشرة سنة ، فإن لم يكن قد بلغ هذه السن فإن أقواله تسمع على سبيل الاستدلال (المادة ٢٠٤ مرافعات) . ولا يجوز رد الشاهد ولو كان صبورا أو قريبا لأحد الخصوم (المادة ٢٠٣ مرافعات) .

٧٧ - حجية البينة :

سبق أن رأينا أن الأصل أن يكون لإثبات التصرفات القانونية بالكتابة ، واستثناء يجوز لإثبات هذه التصرفات بالبينة إذا لم تتجاوز قيمتها قدرا معيناً . هذا إلى أن الكتابة إذا لم ينكرها الخصم أو يدعى تزويرها تكون ملزمة للقاضي ، وذلك على عكس البينة التي تخضع لتقدير القاضي فيستطيع أن يأخذ بها أو يتركها ، إذا ساورة شك في صحتها . وقد قضت محكمة النقض بأن قاضي الموضوع هو وحده صاحب الحق في تقدير ما يقدم إليه في الدعوى .

من بينات ... فلا تريب على المحكمة إذا هي اطرحت شهادة الشهود في التحقيق الذي أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقوالهم،^(١) كما قضت بأن « ترجيح شهادة شاهد على شهادة آخر هو من إطلاقات قاضي الموضوع لا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه،^(٢) وأن المحكمة إذا ما اطرحت أقوال الشهود لعدم اطمئنانها إلى شهادتهم فلا شأن لمحكمة النقض بها إذ ذلك من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل،^(٣)

٧٨ — الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة :

يتبين من نصوص المواد ٤٠٠، ٤٠٢، ٤٠٣ مدني أنه يجوز الإثبات بالبينة في نوعين من الحالات :

الاولى : حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة بحسب الأصل ، وهذه الحالات تستخلص من المادة ٤٠٠ مدني وهي : ١ — الوقائع المادية ، ٢ — التصرفات التجارية ، ٣ — التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنهات .

والثانية : حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة استثناء ، بمعنى أنها حالات كانت تجب الكتابة في إثباتها ، ولكن لتوافر أسباب معينة أجاز استثناء إثباتها بالبينة . وهذه الحالات نصت عليها المواد ٤٠٢، ٤٠٣ مدني وهي : ١ — وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، ٢ — وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي ، ٣ — فقد السند الكتابي بسبب أجنبي لا يرد للذاتن فيه . وستتكمم عن كل نوع من هذه الحالات على حده ..

(١) نفس مدني في ٢٤ / ٤ / ١٩٤٧ — مجموعة القواعد القانونية ، جزء ١ ص ٥١ رقم ٢٠١ .

(٢) نفس مدني في ٢٣ / ٤ / ١٩٥٣ — مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ رقم ٢٠٨ ص ٥١ .

(٣) نفس مدني في ١٩٥١/١٢/٦ — مجموعة القواعد القانونية جزء ١ رقم ٢٠٢ ص ٥١ .

أولا

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة بحسب الأصل

٧٩ - (١) الوقائع المادية .

سبق أن رأينا أن الوقائع القانونية تنقسم إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية (١) ، ولنا أن المشرع يتطلب الكتابة أساساً لإثبات التصرفات القانونية ، لأن هذا النوع من الوقائع تستقل الإرادة بتحديد آثاره وبالتالي تسمح طبيعته أن يطلب المشرع دليلاً كتابياً في إثباته . وأما الوقائع المادية - سواء أكانت وقائع طبيعية أم من فعل الإنسان - فإن طبيعتها لا تسمح أن يتطلب المشرع دليلاً معيناً بشأنها ، ولذلك كان من الجائز إثباتها بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن .

ومن أمثلة الوقائع المادية الطبيعية الفيضان ، والزوال ، والحريق ، والجنون ، والعته ، والسفه ، والغفلة ، ومرض الموت (٢) . فهذه كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

وقد تكون الأعمال المادية من التي تحدث بفعل الإنسان كالأفعال الضارة ، إذ يجوز للمضرور أن يثبت أركان المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بجميع الطرق .

هذا ويلاحظ أن العبرة بالواقعة محل الإثبات دون مراعاة لما يترتب على ثبوت الواقعة المادية من نتائج قانونية ، فإجازة العقد القابل للإبطال تصرف قانوني ، ومع ذلك يجوز أن تستنتج هذه الإجازة من وقائع مادية يجوز إثباتها بالبينة .

(١) انظر ما سبق رقم ١٠

(٢) وقد استثنى القانون من هذه القاعدة الولادة والوفاة إذ جعل إثباتهما بواسطة السجلات الرسمية المعدة لذلك (المادة ٣٠ مدني) ، فإذا لم توجد هذه السجلات أو ثبت عدم صحة ما دونها أمكن إثبات هذه الوقائع بجميع طرق الإثبات .

٨٠ - (٢) المواد التجارية :

رأينا أن المادة ٤٠٠ مدق التي تتطلب الكتابة في إثبات ما تجاوز قيمته عشرة جنيهات - تخرج الأعمال التجارية من نطاق حكمها . فهذه الأعمال يجوز إثباتها بالبينة أيا كانت قيمة التصرف ، ذلك أن اشتراط الكتابة في إثبات الأعمال التجارية يتنافى مع ما تقوم عليه التجارة من ثقة متبادلة وسرعة في التعامل ، لذلك أخرج المشرع الأعمال التجارية من نطاق تطبيق قاعدة الإثبات بالكتابة وبالتالي يجوز إثبات هذه الأعمال بالبينة ولو زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات ، كما يجوز فيها البينة في إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الكتابة .

وقد يتطلب المشرع الكتابة في إثبات بعض المواد التجارية ، إما لأن هذه المسائل لا يمكن أن توجد إلا كتابة كما هو الشأن في الأوراق التجارية ، وإما لأنها تنطوي على أهمية خاصة فضلا عن أنها تستغرق زمنا طويلا كعقود الشركات التجارية وعقود بيع السفن وإيجارها ، كما أنه يمكن الاتفاق على أن يكون إثبات المواد التجارية بالكتابة ، هذا الاتفاق صحيح ويترتب عليه عدم جواز إثبات هذه التصرفات بالبينة .

٨١ - تعين المواد التجارية :

والمرجع في تعيين الأعمال التجارية التي يجوز إثباتها بالبينة هو قانون التجارة ، إذ بين هذا القانون من هو التاجر وما هي الأعمال التجارية . فإذا كان العمل التجارى بين تاجرين جاز لكل منهما الإثبات بالبينة مهما كانت قيمة التصرف . أما إذا كان العمل التجارى مختلطا ، أى بين طرفين أحدهما تاجر والآخر غير تاجر ، فإن التاجر يلتزم بقواعد الإثبات المدنية في إثبات دعواه ضد غير التاجر ، بمعنى أنه يجب عليه أن يثبت دعواه بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات . وعلى العكس تطبق القواعد

التجارية في الإثبات ضد التاجر ، بمعنى أن غير التاجر يستطيع أن يثبت بالبيئة دعواه ضد التاجر أيا كانت قيمة التصرف . فمثلاً إذا باع مزارع محصول أرضه من القطن إلى أحد التجار ، ثم قام نزاع بينهما ، فإن المزارع يستطيع أن يثبت تسليم المحصول للتاجر بكل طرق الإثبات ، حتى لو كانت قيمة المحصول تزيد على عشرة جنيهات ، بينما لا يستطيع التاجر أن يثبت دفع الثمن إلا بالكتابة .

٨٢ - (٣) التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات :

رأينا فيما سبق أن القاعدة العامة التي أوردتها المادة ٤٠٠ مدني لا تميز الإثبات بالبيئة في التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات أو غير محددة القيمة ، وبذلك يخرج من نطاق هذه القاعدة التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها هذا الحد . ويلاحظ ماسبق أن ذكرناه من أن المشرع قد يتطلب الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية ولو لم ترد قيمتها على عشرة جنيهات كما هو الشأن في عقد الكفالة وعقد الصلح وكذلك ما ذكر بشأن القاعدة التي تتطلب الكتابة في إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها .

ثانياً

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبيئة استثناء

٨٣ - بالإضافة إلى الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبيئة بحسب الأصل ، توجد حالات أخرى تجوز البيئة فيها استثناء في الإثبات . ومعنى جواز الإثبات بالبيئة استثناء أننا بصدد حالات الأصل فيها أن تكون ثابتة بالكتابة ، ولكن من قبيل الاستثناء أجاز إثباتها بالبيئة . هذه الحالات ذكرتها المادتان ٤٠٢ ، ٤٠٣ وهي :

- ١ - وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .
- ٢ - وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي .
- ٣ - فقد الدائن سند الكتبي لسبب أجنبي لا يده فيه .
- ٨٤ - أولا - وجود مبدأ ثبوت بالكتابة :

تنص المادة ٤٠٢ مدني على ما يأتي :-

١ - يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . ومن هذا النص يتبين أنه لكي تكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تتوافر ثلاثة شروط :
(أ) أن توجد كتابة (ب) وأن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم (ج) وأن تجعل المدعى به قريب الاحتمال .

٨٥ - (١) وجود كتابة :

يجب أولا لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أن توجد كتابة ، ولا يشترط في هذه الكتابة أي شكل ، فأي ورقة مكتوبة يمكن أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا توافرت الشروط الأخرى . فلا يشترط أن تكون الكتابة بخط المدين أو موقعة منه ، ولذلك قد تكون رسالة أو مذكرة بحاصة ، أو أقوالا وردت في محضر تحقيق ، أو ورقة رسمية مزورة ، فكل هذه الأوراق تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم تكن دليلا كاملا بالنسبة لموضوع الدعوى . ولا يلزم أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من ورقة واحدة ، بل يجوز أن يستخلص من أوراق متعددة حتى لو كانت كل واحدة منها لا تكفي بمفردها لاستخلاص ذلك .

ويجب أخيرا أن تكون الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مقدمة

في الدعوى أو على الأقل معترفا بوجودها من تنسب إليه ، فإن لم تكن كذلك فلا يستطيع من يتمسك بها أن يثبت وجودها بالبينة .

٨٦ - (٢) صدور الكتابة من المدعى عليه

يجب كذلك لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تكون صادرة من الخصم المدعى عليه ، بأن تكون بخطه أو موقعة منه . وتعتبر الورقة كأنها صادرة من المدعى عليه إذا كانت صادرة من ينوب عنه نيابة قانونية كالوصى والقيم . أو نيابة اتفاقية كالوكيل بشرط أن تكون الورقة قد صدرت من النائب في حدود نيابته ، وكذلك الحكم بالنسبة للأوراق الصادرة من شخص يعتبر المدعى عليه خلفا عاما له كالموثر . فإذا لم تكن الورقة صادرة من المدعى عليه أو من نائبه على الوجه السابق فلا يتحقق هذا الشرط أيا كانت الصلة التي تربط المدعى عليه بمن صدرت منه الورقة كما لو كان ابنا أو زوجا مثلا .

والأصل أن الورقة تعتبر صادرة من المدعى عليه إذا كانت موقعة منه أو بمن يمثله ، أو بخطه أو بخط من يمثله . إلا أن هناك بعض الأوراق التي يمكن أن تعتبر صادرة من الشخص رغم أنها ليست موقعة منه أو بمن يمثله وليست بخطه ولا بخط من يمثله . ومن هذا النوع الأوراق الرسمية كمحاضر التحقيق ومحاضر الجلسات إذ ما يرد فيها من أقوال الخصوم يعتبر صادرا منهم ، فإذا كانت هذه الأقوال لا ترقى إلى درجة الاقرار فإنه يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال .

ويلاحظ أن الورقة لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا لم ينكرها من يتمسك عليه بها أو يعطى فيها بالنزوير ، وفي هذه الحالة لا يعتد بالورقة إلا إذا ثبتت صحتها .

٨٧ - ٢ - جعل المدعى به قريب الاحتمال

يجب أخيرا - لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة - أن تتضمن

ما يجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال ، ذلك أن جواز الإثبات بالبينة في هذه الحالة يفترض وجود دليل ناقص ، فإذا كانت الورقة تتضمن نفيًا قاطعًا للواقعة المدعاة فلا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان من شأن الورقة أن تقرب احتمال صدق الأمر المدعى به أم لا ، وقد قضت محكمة النقض بأن « تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل الإثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله هو اجتهاد فى فهم الواقع يستقل به قاضى الموضوع »^(١)

ومن أمثلة ذلك أن يكتب المدين إلى الدائن خطاباً ويشير فيه إلى الدين الموجود فى ذمته دون أن يحدد مقدار الدين ، فى هذه الحالة يكون الخطاب مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين يحيز للمدعى أن يثبت البينة مقدار الدين وشروطه . ومن ذلك أيضاً أن يحضر الدائن محضر جرد التركة ولا يذكر الدين الذى له فى المحضر ، فى هذه الحالة يعتبر محضر جرد التركة — الذى عمل أمام الدائن دون أن يذكر فيه دينه — مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بهذا الدين ، لأنه لو كان الدين باقياً فى ذمة المورث لما خلا منه محضر جرد التركة .

ولا يشترط أن تدل الورقة بطريقة مباشرة على احتمال صدق المدعى به ، بل يمكن أن يستنبط ذلك منها ، فمثلاً ورقة شطب الرهن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالدين المضمون بالرهن لأنه يمكن أن يستنبط معها أن الدائن قد استوفى حقه . ومن ذلك أيضاً اعتبار المخالصة بجزء متأخر من الدين مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالاقساط السابقة .

(١) قضى مدنى فى ١٨/٣/١٩٤٨ - مجموعة القواعد القانونية ، جزء ١ رقم ١٧١ ص ٤٧
أنظر كذلك فى هذا المنى ، قضى مدنى فى ٢٢/٥/١٩٤٧ ، وفى ١٩/٦/١٩٤٩ ، وفى ٣٠/٣/١٩٥٠ ، وفى ٢٤/١٢/١٩٥٣ - مجموعة القواعد القانونية ، جزء ١ ص ٤٥٧ ، ٤٨٠ .

٨٨ - ما يترتب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

يترتب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أنه يجوز الإثبات بالبينة والقرائن (المادة ٤٠٢ مدني) . وليس معنى هذا أن يصبح قبول الإثبات بالبينة حقا للدعي ، وإنما يكون الأمر جوازا للحكمة ، فلها أن تقبل الإثبات بالبينة ولها أن ترفض ذلك . ويجب أن يطلب المدعي الترخيص له بالإثبات بالبينة ، فلا تستطيع المحكمة أن ترخص به من تلقاء نفسها .

والإثبات بالبينة يصبح جائزا في الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات . وعلى ذلك إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فإن البينة تجوز في إثبات التصرفات القانونية التي تجاوز قيمتها عشرة جنيا ، وفي إثبات ما يخالف أو يماز السكتانية . وكذلك تجوز البينة في إثبات التصرفات القانونية التي يتطلب المشرع الكتابة لإثباتها دون اعتبار لقيمة التصرف كمقد الكفالة وعقد الصلح وذلك لأن المشرع اعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة إذا ايدته البينة مساويا للكتابة الكاملة .

ولكن لا تنطبق هذه القاعدة على التصرفات الشكلية التي اعتبر المشرع الكتابة ركنا في انعقادها كالهبة الرهن الرسمي ، ففي هذه الحالة إذا لم توجد الكتابة التي يتطلبها القانون فإن التصرف يكون منعدما ولا يمكن إثباته بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

هذا وقد اعتبر القانون تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الإجابة مساويا لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، فأجاز في هذه الحالة الإثبات بالبينة والقرائن بالنسبة لما يجب إثباته بالكتابة . وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٧٣ مرافعات بقولها : إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك .

٨٩ - ثانيا : المانع من الحصول على دليل كتابي :

تنص المادة ٤٠٣ / ١ على أنه « يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، ومؤدى هذا النص أنه قد توجد ظروف من شأنها أن تحول بين الشخص وبين الحصول على دليل كتابي . وفي هذه الحالة يميز القانون الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، ذلك أن « وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابي ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تختم الاستثناء إذ لا قبل لأحد بالمستحيل » (١) .

والقانون يميز الإثبات بالبينة في هذه الحالة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل على دليل كتابي ، وكذلك في الحالات التي يتطلب القانون الكتابة لإثباتها مهما كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة . ولكن هذا الاستثناء لا يسرى بالنسبة للتصرفات الشكلية ، إذ الكتابة في هذه التصرفات ركن من أركان التصرف فتخلفها يترتب عليه عدم وجود التصرف .

١- ويقصد بالمانع من الحصول على الكتابة والمانع الذي ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابه وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة ، أي استحالة مقصورة على شخص المتعاقد وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد ، (٢) وقد يكون المانع ماديا أو أدبيا ، ،

٩٠ - المانع المادي :

يعتبر المانع ماديا إذا نشأ التصرف القانوني في ظروف لم يكن لدى ذوى الشأن فيها متسع من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي ، ومن أمثلة

(١) مجموعة الأعمال الصغيرة ، جزء ٣ ، ص ١١١ .

(٢) سليمان مرقس ، الموجز ، رقم ٢٢٣ .

ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الحوادث المفاجئة كالخريق أو الفيضان (١) .
ومن الأمثلة العملية على ذلك الوديعة الاضطرارية وهي التي تتم في ظروف
يخشى فيها الشخص من خطر داهم على الشيء ، دون أن يكون لديه الوقت الكافي
أو الوسائل للحصول على كتابة من المودع لديه . وفي هذه الحالة يجب على
المودع - لكي يستطيع الإثبات بالبينة - أن يثبت أولاً الظرف المفاجئ
الذي حصل الإيداع بسببه ، وثانياً اضطراره إلى الإيداع ، فإن نجح في
ذلك جاز له أن يثبت الوديعة بالبينة ولو جاوزت قيمتها عشرة جنيهات .

ويلحق بالوديعة الاضطرارية وديعة نزلاء الفنادق لما معهم من أمتعة ،
إذ لا تسمح ظروف السفر بجزء أمتعة كل مسافر عند نزوله في الفندق
أو مغادرته له .

ويطبق حكم هذا الاستثناء أيضاً على كل حالة يتعذر فيها الحصول على
دليل كتابي ، كمن يقرض صديقاً له مبلغاً يزيد على عشرة جنيهات في الميناء
أو المطار قبل قيام الباخرة أو الطائرة ، إذ في مثل هذه الحالات لا يتسع
الوقت للحصول على دليل كتابي .

ومن الحالات التي يوجد فيها مانع من الحصول على دليل كتابي ، أن
يكون المكلف بالإثبات ليس طرفاً في التصرف المراد إثباته ، فعدم اشتراك
الشخص في التصرف المراد إثباته يعتبر مانعاً من الحصول على دليل كتابي .
وقاضي الموضوع هو الذي يصدر ما إذا كانت الظروف التي تم فيها
التصرف تعتبر مانعاً من الحصول على دليل كتابي أم لا .

٩١ - المانع الأدبي :

في هذه الحالة لا يقوم المانع على ظروف مادية حالت دون الحصول
على دليل كتابي ، وإنما يرجع المانع إلى ظروف نفسية كانت تربط بين

(١) مجموعة الأعمال التوضيرية ، جزء ٣ ، ص ٤١٢ ، ٤١٣ .

الطرفين وقت التعاقد ولم تكن تسمح من الناحية الأدبية لأحدهما أن يطلب كتابة من المتعاقد الآخر .

ومن أمثلة الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي صلة القرابة كالبنوة والأخوة ، وعلاقة الزوجية والمصاهرة والخطبة ، والعلاقة بين الخادم وسيدته ، وعلاقة الطبيب بمرضاه ، إذ في مثل هذه الحالات يتمتع على المكلف بالإثبات - أدياً - أن يطلب كتابة .

على أنه يجب أن ينظر إلى كل حالة على حدة . فالحالات السابقة لا تعتبر بذاتها موانع أدبية ، وإنما تعتبر كذلك في ظروف معينة ، فقد تقوم القرابة أو المصاهرة ومع ذلك لا يعتبر هذا مانعاً أدياً من الحصول على الكتابة ، وقد قضى بأن علاقة الزوجية لا تعتبر مانعاً أدياً من الحصول على سند مكتوب بالوفاء إذا كان أصل الدين ثابتاً بالكتابة .

ويستقل قاضى الموضوع بتقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على كتابة ، دون أن يخضع في هذا لرقابة محكمة النقض بشرط أن يسبب تقديره .

٩٢ - ثالثاً - فقد السند الكتابي :

نصت المادة ٤٠٣ / ب مدني على أنه يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة « إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجني لا يد له فيه » .

يفترض هذا الاستثناء أن القواعد الخاصة بالدليل الكتابي قد روعيت عند إنشاء التصرف ، ولكن يعتذر الإثبات بالكتابة لفقد هذا الدليل . ولما كان الدائن لا يمكن أن ينسب إليه أى تقصير لأن فقد السند لم يكن خطأ منه ، فقد أجاز له أن يثبت بالبينة ما كان يجب إثباته بالكتابة .

ويلاحظ أن هذا الاستثناء أوسع نطاقاً من الاستثناء السابق إذ هو يمين البينة في إثبات ما تجاوز قيمته عشرة جنيهات وفي إثبات ما يخالف

أو يجاوز الكتابة ، وفي إثبات الحالات الخاصة التي يوجب القانون الكتابة في إثباتها أيا كانت قيمة التصرف كمقد الصلح وعقد الكفالة . إلا أنه يزيد على الاستثناء السابق في أنه يحجز البيئة في إثبات التصرفات الشكلية التي تعتبر الكتابة ركنا فيها ، إذا المفروض أن الشكلية قد استوفيت وقت إنشاء التصرف ثم فقد المدعى سنده بعد ذلك .

ويلزم لقيام هذا الاستثناء شرطان هما سبق وجود السند الكتابي ، وفقد السند بسبب أجنبي .

٩٣ - (١) سبق وجود سند كتابي :

يجب على من يدعى أنه قد سبق له الحصول على سند كتابي أن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلا وأنه كان دليلا كاملا مستوفيا كل الشروط القانونية ، وللمدعى أن يثبت ذلك بكل طرق الإثبات لأن سبق وجود السند يعتبر واقعة مادية يحوز إثباتها بكل الطرق .

ويجب أن يكون السند دليلا كتابيا كاملا ، ذلك أن الاستثناء في هذه الحالة إنما قصد به حماية من لم يقصر في الحصول على دليل كتابي كامل ، وبالتالي لا يجوز الإثبات بالبيئة إذا ثبت أن السند المفقود لم يكن إلا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة .

ولا يكفي أن يثبت المدعى سبق وجود السند وإنما يجب أن يثبت مضمونه واستيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون إذا كان الأمر متعلقا بتصرف شكلي .

٩٤ - (٢) فقد السند بسبب أجنبي :

يجب - بالإضافة إلى إثبات سبق وجود الدليل الكتابي - أن يثبت المدعى أن فقد هذا السند كان بسبب أجنبي لا يده فيه . والسبب الأجنبي الذي أدى إلى ضياع السند قد يكون ناشئا عن قوة قاهرة كحريق أو فيضان ،

وقد يكون ناشئا عن فعل الغير ، كما لو سلم المدعى السند إلى محاميه أو إلى المحكمة في قضية سابقة ففقد من المحامي أو من المحكمة . كما قد يكون فقد السند راجعا إلى فعل المدعى عليه كما لو اختلسه أو انتزعه من المدعى بالقوة أو بالحيلة ولكن ليس للمدعى أن يتمسك بهذا الاستثناء إذا كان فقد السند يرجع إلى فعله هو حتى ولو كان هذا الفعل مجرد خطأ أو إهمال ، كما إذا تركه في محل معرض للسرقة . أو في حراسة خادم صغير ، أو أهمل في المحافظة عليه . في مثل هذه الحالات لا يجوز للمدعى أن يثبت ادعائه بالبينة لأن خطئه يستبعد فكرة الحادث القمري .

وعلى المدعى أن يثبت الحادث الذي أدى إلى فقد السند ، ويكون ذلك بإثبات واقعتين هما الحادث التي أدى إلى الفقد وواقعة الفقد وهو يستطيع ذلك بكل طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأن محل الإثبات هنا وقائع مادية .

٩٥ - الاحتيال على القانون

رأينا أن الكتابة يجب في إثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها عشرة جنيهات ، وفي إثبات ما يخالف الكتابة أو يحاورها . لكن إذا كان المراد إثباته أمر يخالف القانون فيما يعتبر متعلقا بالنظام فإن البينة تجوز في إثباته ، حتى ولو كان التصرف القانوني من التصرفات التي يجب أصلا إثباتها بالكتابة ومن أمثلة الاحتيال على القانون أن يذكر في عقد القرض أن سبب الدين هو القرض في حين أن السبب الحقيقي هو علاقة غير مشروعة بين الطرفين ، أو أن يخفص الثمن الحقيقي في عقد البيع للتخلص من رسوم التسجيل . مثل هذه الاتفاقات تتضمن غشا ، أو تحايلا على القانون يجوز لمن يتمسك به أن يثبته بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن .

ويلاحظ أخير أن جواز الإثبات بالبينة في هذه الحالة لا يعتبر استثناء من القواعد الخاصة بوجوب الكتابة ، ذلك أن الاحتيال على القانون ليس إلا واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق .

الفصل الثالث

القرائن

٩٦ - تعريفها وأنواعها :

د القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ، (١) . وهي تنقسم إلى نوعين قرائن قضائية وقرائن قانونية .

فالقرائن القضائية هي ما يستنبطه القاضى من وقائع الدعوى المعروضة عليه وذلك باستخدام الوقائع التى تثبت له للدلالة على وقائع أخرى .

وأما القرائن القانونية فهى ما يستنبطه المشرع نفسه مما يغلب وقوعه عملا فى نوع معين من الحالات وينص عليه فى صيغة عامة مجردة .

والنوع الأول من القرائن هو الذى يعتبر أدلة بمعنى الكلمة لأن القاضى هو الذى يستخلصها من وقائع الدعوى . وأما القرائن القانونية فلا تعتبر أدلة بمعنى الكلمة وإنما هى تنقل عبء الإثبات من على عاتق المكلف به إن كان بسيطة أو تعنى من الإثبات نهائيا إن كانت قاطعة على التفصيل الذى ستراه فيما بعد .

المبحث الأول

القرائن القضائية

٩٧ - تنص المادة ٤٠٧ م ذق على أن " يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يميز فيها القانون الإثبات بالبينة ،

فالقرائن القضائية إذا يترك أمر استنباطها للقاضي فهو بخلاف واقعة معلومة في الدعوى المروضة عليه ويستدل بها على الواقعة المراد إثباتها .

ومن أمثلة ذلك استخلاص صورة التصرف من واقعة القرابة . فإذا طعن المدائن بالصورية في تصرف صدر من مدینه فإنه قد يستند في تأييد دعواه إلى أن هناك علاقة قرابة بين المتصرف والمتصرف إليه ، وفي هذه الحالة قد يستخلص القاضي من واقعة القرابة قرينة على صورة التصرف فالواقعة الثابتة في هذا الغرض هي واقعة القرابة ، وهي التي يستنتج منها القاضي قرينة على صحة الواقعة المتنازع عليها وهي الصورية . فالإثبات بالقرائن إذا إثبات غير مباشر . لأنه لا ينصب على واقعة أخرى مجاورة متصلة بموضوع النزاع يؤدي ثبوتها إلى ترجيح ثبوت الواقعة محل النزاع .

ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة مطلقة في استنباط القرائن القضائية ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٧ ٤ بقولها ، يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون .

ومعنى ذلك أن القاضي حر في اختيار أية واقعة من الوقائع التي ثبتت أمامه ليستنبط منها قرينة على صحة الواقعة المدعاة . فضلا عن أنه حر تكوين اعتقاده ، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية ولا يقتنع بعدة قرائن أخرى يرى أنها ضعيفة وهو في تقديره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

وقد قررت محكمة النقض النقض أن قاضي الموضوع حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها (١) وأن له السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته ، فله إذا أن يعتمد على القرينة المستفادة من تقرير خبير كان قد باشر عمله أمام المجلس الحسبي في غير مواجهة الخصوم مادامت هذه القرينة يعززها غيرها

(١) نقض مدني في ١٩٥٢/٢/٢٨ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض .

من القرائن القائمة في الدعوى (١) . كما قررت أنه لا رقابة لمحكمة النقض على قاضي الموضوع في تقديره لقرينة من شأنها أن تؤدي إلى الدلالة التي استخلصها هو منها . فإذا اتخذت المحكمة من دفع رسوم الخفرو وعوائد الملك قرينة مؤيدة لما شهد به الشهود على وضع اليد فلا سبيل عليها لمحكمة النقض (٢) .

٩٨ - الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية :

رأينا أن المادة ٤٠٧ مدني تنص على أنه لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يبيح فيها القانون الإثبات بالبيئة وعلى ذلك لا تجوز القرائن القضائية في إثبات النصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات أو الغير محددة القيمة . ولا في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ، ولا في إثبات التصرفات القانونية التي يتطلب القانون الكتابة لإثباتها أيا كانت قيمة التصرف كالصلح والكفالة . وعلى العكس من ذلك تجوز القرائن القضائية في إثبات الوقائع المادية ، والتصرفات التجارية ، والنصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، واستثناء تجوز القرائن القضائية في إثبات ما كان يجب إثباته بالكتاب إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو إذا قام مانع من الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد السند الكتابي لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه .

ويلاحظ أن القرائن القضائية قد تنتهي إلى أن تصبح قرائن قانونية ومن ذلك ما كان يجري عليه القضاء في ظل القانون المدني القديم من أن بقاء

(١) نقض مدني في ١٨/٥/١٩٤٤ ، بمجموعة القواعد القانونية رقم ٣٧٨ من ٧٩ .

(٢) نقض مدني في ١١/٦/١٩٤٧ بمجموعة القواعد القانونية ، جزء أول رقم ٣٨٢ من ٧٩ وأخطر كذلك نقض مدني في ٢٩/١١/١٩٥١ ، وفي ٣/١١/١٩٤٦ ، وفي ٢٠/١١/١٩٤٧ ، وفي ٨/١٧/١٩٥٢ ، وفي ٨/٢/١٩٥١ . مجموعة القواعد القانونية المشار إليها من ٨٠ ، ٧٩ .

العين المبيعة في حيازة البائع مع اشتراطه على المشتري عدم التصرف فيها ما دام البائع حيا يعتبر قرينة على أن النصف وصية . هذه القرينة القضائية جعل منها القانون المدنى الجديد قرينة قانونيه نص عليها في المادة ٩١٧ . ومن ذلك أيضا اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة (المادة ٥٨٧ مدنى) . هذه القرينة القانونية كانت قرينة قضائية قبل صدور القانون المدنى الجديد .

المبحث الثانى

القرائن القانونية

٩٩ - ماهية القرينة القانونية وأثرها :

قدما أن القرينة القانونية هى ما يستنبطه المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر آخر مجهول ، فهى كالقرينة القضائية تقوم على فكرة الراجح الغالب الوقوع . فالمشرع يستنبط من واقعة ثابتة دلالة على أمر آخر مجهول يراد إثباته ، وينص على أنه مادامت الواقعة الأولى قد ثبتت ، فإن الواقعة الثانية المحمولة تثبتت بثبوتها . من ذلك ما تنص عليه المادة ٥٨٧ مدنى من أن الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة ، فالواقعة التى تقوم عليها القرينة هى الوفاء بقسط لأحق من الأجرة ، فإذا ثبتت استنبط منها المشرع واقعة الوفاء بالاقساط السابقة .

نصت المادة ٤٠٤ مدنى على أن القرينة القانونية تغنى من تقرر لمصلحة عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، ، فهى تغنى من تقرر لمصلحة من الإثبات المباشر الذى كان يقع على عاتقه لولا وجوذا القرينة . وعلى من يتمسك بالقرينة أن يقيم الدليل على الواقعة التى تقوم عليها ، وهذا الإثبات يكون فى الغالب سهلا لدرجة أنه يترتب فى الواقع على وجود القرينة

القانونية إنتقال العبء الحقيقي للإثبات إلى الطرف الآخر في الخصومة .
والقرينة القانونية - كالقرينة القضائية - تقوم فكرة الرجوع الغالب
من الأحوال ، إلا أنها تنطوى على خطورة لا توجد في القرينة القضائية
فالمشرع ينض على القرائن القانونية في صيغة عامة وبمجردة ويلزم القاضى
أن يأخذ بدلالة هذه القرينة في جميع الحالات المماثلة حتى لو بدا له مخالفتها
للواقع في بعض الحالات لذلك كان من الأفضل ألا يتوسع المشرع في تقرير
القرائن القانونية ، ويترك للقاضى مهمة استنباط هذه القرائن في كل حالة
على حده .

١٠٠ - الحكمة من القرائن القانونية :

يقصد الشارع بتدخله بالنص على قرائن قانونية تحقيق أغراض مختلفة .
فقد يكون الغرض من النص على القرينة منع الأفراد من التحايل على
القانون . من ذلك ما تنص عليه المادة ٩١٦ مدنى من أن كل عمل قانونى
يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر مضافا
إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسجيلية التى تعطى
لهذا التصرف . فالمشرع محافظة منه على حقوق الورثة أعطى التصرف الذى
يصدر فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع حكم الوصية . ولكى
يحول المشرع دون الهروب من هذا الحكم ، وذلك بإجراء تبرع تحت اسم
آخر كالبيع مثلا نص على أن التصرف فى مرض الموت يعتبر قرينة على
أنه صدر على سبيل التبرع (المادة ٩١٦/٣ مدنى) .

وقد يرى المشرع أن الإثبات يصعب فى بعض الأحيان إلى درجة
كبيرة فينص على قرينة لصالح من يقع عليه عبء الإثبات ليخفف عنه هذا
العبء . ومثال ذلك ما جاء فى المادة ١٧٣ مدنى خاصا بافتراض الخطأ فى
جانب متولى الرقابة . فقد رأى المشرع أن الضرور يصعب عليه إثبات هذا

الخطأ فجعل الالتزام بالرقابة قرينة على وقوع خطأ من جانب متولى الرقابة .
وقد يضع المشرع القرينة أخذا بالمألوف الذى تعارف عليه الناس من
ذلك مانتص عليه المادة ٥٨٧ مدنى من أن الوفاء يقسط من الأجرة يعتبر
قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على
عكس ذلك ، ذلك أن المألوف بين الناس أن الموَجَر لا يعطى مخالصة عن
الوفاء بقسط لاحق إلا إذا كان قد استوفى الأقساط السابقة . ومن ذلك
أيضا مانتص عليه المادة ٣٣٩ مدنى من أن التأشير على سند الدين بما يستفاد
منه براءة ذمة المدين قرينة على هذه البراءة مادام السند لم يخرج من حيازة
الدائن .

١٠١ - أنواع القرائن القانونية :

رأينا أن المشرع يبنى القرينة القانونية على الراجح الغالب من الأحوال
ولذلك كانت القرينة القانونية مجرد احتمال قد يخطئ وقد لا يخطئ ، وبالتالي
كان من الجائز إثبات عكسها لاحتمال عدم مطابقتها للواقع ، غير أن المشرع
لا يسمح بإثبات عكس القرينة فى بعض الأحوال التى يرى فيها احتمال عدم
مطابقة القرينة للواقع احتمال ضعيف جدا ، وعلى ذلك يقسم الفقه القرائن
إلى قرائن بسيطة وهى التى يجوز إثبات عكسها ، وقرائن قاطعة وهى التى
لا يمكن إثبات عكس دلالتها ، إلا أن هذا التقسيم أصبح منتقدا فى الوقت
الحاضر ، إذ يرى الفقه الحديث أن القرينة باعتبارها وسيلة للإثبات يجب
أن يكون ممكننا لإثبات عكسها ، ولذلك لا يوجد إلا نوع واحد من القرائن
هو القرائن القانونية البسيطة . وأما القرائن القانونية القاطعة فليست
إلا قواعد موضوعية ، كما هو الشأن فى القاعدة التى تقرر قوة الأمر المقضى
(المادة ٤٠٥ مدنى) .

أولا

القرائن القانونية البسيطة

١٠٢ - حجيتها في الإثبات وأمثلتها :

رأينا ان المادة ٤٠٤ مدنى تنص على ان « القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن اى طريقة من طرق الإثبات ، على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكس مالم يوجد نص اقضى بغير ذلك » ، فالأصل إذا فى القرائن القانونية ان تكون بسيطة اى يجوز إثبات عكسها .

ومن أمثلة القرائن القانونية البسيطة ما تنص عليه المادة ١٣٧ مدنى من ان كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا مالم يقيم الدليل على غير ذلك . فالقانون يعنى الدائن من إثبات السبب المشروع للالتزام الذى يطالب به المدين ، مع أنه كان المفروض عليه أن يثبت ذلك باعتبار أن السبب ركن فى الالتزام . ومن أمثلة القرائن القانونية البسيطة أيضا ما تنص عليه المادة ٩١ مدنى من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير يعتبر قرينة على العلم به مالم يقيم الدليل على عكس ذلك . فالمكلف بعبء إثبات علم من وجه إليه التعبير عن الإرادة بهذا التعبير يكفيه أن يثبت وصول التعبير إلى هذا الشخص ، وهذه واقعة سهلة الإثبات بالنسبة للواقعة الأصلية وهى العلم بالتعبير ، فإن فعل قامت قرينة لصالحه تعفيه من إثبات الواقعة الأصلية . وبديهي أن الموجه إليه التعبير يستطيع أن يدحض هذه القرينة بأن يثبت أنه لم يعلم بهذا التعبير رغم وصوله إليه ، وإثبات ذلك يكون بجميع الطرق .

وقد يتطلب القانون إثباتا معينا ، يريد الاستفادة من حكم القرينة القانونية ، من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٣٩ مدنى من أنه إذا ادعى

الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوى مقدار الديون أو يزيد عليها .
ففي هذه الحالة إذا أثبت الدائن مقدار ما في ذمة المدين من ديون قامت قرينة على إعساره ، إلا أن المدين يستطيع أن ينقض حججة هذه القرينة وذلك بإثبات أن له ما لا يساوى مقدار هذه الديون أو يزيد عليها .

ثانيا

القرائن القانونية القاطعة

١٠٣ - تعريفها وطبيعتها

القرينة القانونية القاطعة هي القرينة التي لا يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس كما هو الشأن في القرينة القانونية البسيطة . ومن الأمثلة التي يضر بها الفقه للقرائن القانونية القاطعة قرينة الحقيقة القضائية التي يعبر عنها بقوة الأمر المقضى والتي مؤداها أنه إذ صدر حكم في نزاع معين واستنفد طرق الطعن القانونية فإنه يصبح قرينة على صحة الوقائع التي فصل فيها ، ولا يقبل بعد ذلك من يعتبر الحكم ساريا في مواجهته أن يثبت مخالفة الحكم للحقيقة (المادة ٤٥٥ مدني) .

والواقع أن هذا النوع من القواعد القانونية ليس في حقيقته قرائن قانونية بمعناها الحقيقي وإنما هو قواعد موضوعية تقوم على قرائن فالقرينة القانونية باعتبارها دليل لإثبات تقتضى أن تكون قابلة لإثبات العكس . أما إذا لم يكن في استطاعته من يحتج عليه بقرينة قانونية أن ينفي دلالة هذه القرينة ، فإننا لا نكون بصدد قرينة قانونية وإنما بصدد قاعدة موضوعية تقوم على قرينة .

ويلاحظ أن التفرقة بين القرائن القانونية بمعناها الحقيقي والقواعد

الموضوعية التي تقوم على قرائن - لم تتضح للكثيرين إلا منذ عهد قريب .
وعما أثار اللبس أن القواعد الموضوعية التي تبنى على قرائن يقيمها المشرع
على الغالب الراجح من الأحوال كما هو الشأن بالنسبة للقرائن القانونية ،
فهى (القواعد الموضوعية) تشترك مع القرائن القانونية فى أصل وضعها ،
ذلك أن المشرع ينظر إلى الحقائق الماثلة أمامه ويستنتج منها قرينة معينة ،
ثم يبنى حكمه - أى ينص على قاعدة موضوعية - بناء على هذه القرينة .
ومن أمثلة ذلك أن المشرع يحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ،
هذا التحديد بناه المشرع على الغالب الراجح من الأحوال ، ذلك أن الإنسان
فى هذه السن يكون قد بلغ قدرا من النضج يجعله قادرا على مباشرة التصرفات
القانونية . أى أن المشرع جعل بلوغ الشخص سن الحادية والعشرين قرينة
على تمام أهليته ، ولذلك نص فى المادة ٤٤ مدنى على أن كل من بلغ هذه
السن يعتبر رشيدا . هذا النص (المادة ٤٤ مدنى) يقرر قاعدة موضوعية
مبنية على قرينة ، ولذلك لا يجوز إثبات عكس هذه القاعدة ، فلا يجوز مثلا
إثبات أن الشخص قد أصبح رشيدا قبل أن يبلغ سن الحادية والعشرين ،
حتى ولو ظهر بالفعل نضجه وقدرته على إبرام التصرفات القانونية قبل
بلوغ هذه السن .

وعلى العكس لو كنا بصدد قرينة كالقرينة التي تجعل الوفاء بقسط متأخر
من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة (المادة ٥٨٧ مدنى) هذه
القاعدة بناها المشرع على الراجح الغالب من الأحوال - كما هو الشأن فى
القاعدة الخاصة ببلوغ سن الرشد - ذلك أن الغالب أن المؤجر لا يعطى
مخالصة عن قسط لاحق إلا إذا كان قد استوفى الأقساط السابقة ، إلا أن
هذا الافتراض قد يصدق فى الغالب من الأحوال وقد لا يصدق فى النادر
منها ، ولذلك يجوز للمؤجر أن يثبت أن حالته تدخل فى الأحوال النادرة
التي لا تصدق فيها هذه القرينة وذلك بإثبات أنه رغم إعطائه مخالصة عن

قسط لاحق إلا أنه لم يستوف الاقساط السابقة على هذا القسط وهذا على خلاف القاعدة الخاصة ببلوغ سن الرشد (المادة ٤٤ مدني) فلا يسمح لشخص لم يبلغ الحادية والعشرين أن يثبت أنه ضمن الحالات النادرة التي يصح الشخص فيها رشيدا قبل اكتمال هذه السن ، ذلك أن هذه القاعدة قاعدة موضوعية وليست قاعدة إثبات .

مما تقدم يتبين أن القاعدة الموضوعية تقوم على فكرة الغالب الراجح من الأحوال كما هو الشأن بالنسبة للقرينة القانونية . أي أن المشرع يستوحي في القاعدة الموضوعية فكرة القرينة ، إلا أن هذه الفكرة لا تظهر في القاعدة بل تبقى وراءها بمنزلة العلة أو الدافع إلى هذه القاعدة . ففكرة القرينة إن بقيت في هذه الحالة لأن المشرع يستوحيها ، إلا أنها تخفى بالنسبة للمتقاضين ولذلك لا يجوز لهم إثبات عكسها .

ويختلف الأمر في القرينة القانونية ، فالقرينة القانونية تكون موضوع النص وتظهر فيها الواقعتان اللتان تجتمعان في القرينة وهما الواقعة الثابتة التي تبنى عليها القرينة والواقعة الأخرى المستنبطة فيها ، ويكون قصد المشرع من النص على القرينة أن ينقل عبء الإثبات من الواقعة الثانية الصعبة إلى الواقعة الأولى سهلة الإثبات . ففي قرينة الوفاء بقسط لاحق من الأجرة التي نصت عليها المادة ٨٧٧ مدني يقصد المشرع أن ينقل عبء الإثبات من الواقعة الصعبة ، وهي واقعة الوفاء بالقسط السابق ، إلى الواقعة السهلة الإثبات وهي الوفاء بالقسط اللاحق ، والواقعتان تظهران في النص وذلك على خلاف القاعدة الموضوعية التي تقوم على قرينة .

ويترتب على الاختلاف بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية أن القرينة القانونية تكون قابلة لإثبات العكس «فالقرينة قاعدة إثبات ، ومهمة الشارع تنحصر في تسهيل الإثبات بالنسبة إلى من تقرر لمصلحته ، وذلك بنقله من واقعة صعبة الإثبات إلى واقعة أخرى سهلة الإثبات ، دون أن

يكون لذلك من أثر على ما للخصم من حق في أن يرخص هذه القرينة . . . فإذا حرم الشارع الدليل العكسي زال عن القرينة وصفها باعتبارها قاعدة إثبات وأصبحت قاعدة موضوعية ، إذ الشارع وهو يتصرف على هذا النحو لم يعد يهيم الوصول إلى الحقيقة بقدر حرصه على تحقيق الحكم الذى ينص عليه ، فقد يكون استنباطه مطابقا للحقيقة الواقعة في الحالة المعروضة ، وقد لا يكون مطابقا لها ، وموقف الخصم في كلا الحالين لا يتغير ، إذ هو يجب عليه في جميع الأحوال أن يخضع لحكم القاعدة (١) .

وعلى هذا الأساس السابق تعتبر القاعدة الخاصة بقوة الأمر المقضى قاعدة موضوعية وليست قرينة قانونية ، ومع ذلك تتناولها بالدراسة في هذا المبحث نظرا لأن المشرع ذكرها ضمن النصوص الخاصة بالقرائن .

حجية الأمر المقضى

١٠٤ - معنى القاعدة وأثرها :

يقصد بحجية الأمر المقضى أن الأحكام التى صدرت من القضاء تعتبر حجة بما فصلت فيه ، ذلك أن الحكم إذا ما صدر في نزاع فإنه يعتبر مطابقا للحقيقة حتى ولو لم يكن كذلك من ناحية الواقع ، ومن ثم لا يجوز لمن كان طرفا في النزاع الذى فصل فيه الحكم أن يحدد نفس النزاع مرة أخرى أمام القضاء بدعوى مبتدأة . فإذا رفعت مثل هذه الدعوى ، كان للخصم الآخر أن يدفعها بحجية الأمر المقضى أى بسبق الفصل فيها . ويجوز لكل من كان طرفا في النزاع الذى حكم فيه أن يتمسك بهذه الحجة لافرق في هذا بين من كسب الدعوى ومن خسرها .

وقد قررت هذه القاعدة المادة ٤٠٥ مدنى بقولها :

١ - الأحكام التي جازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة . ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسببا .

٢ - « ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها » .

وقد أخذ المشرع بهذه القاعدة لاعتبارات تتعلق بالصالح العام ، إذ يهدف المشرع من وراء هذه القاعدة إلى وضع حد للخصومات ، إذ « لولا هذه القاعدة لظلت الخصومة تتجدد من جانب من يخسر الدعوى ، الأمر الذي يضر بمصلحة المجتمع ويقعد بالقضاء عن أداء مهمته . وأحكام القضاء يجب أن تكون محل ثقة وأن تتوفر لها هيبتها ، ولولا هذه القاعدة لصدرت أحكام متناقضة تفقد المتقاضين ثقتهم بأحكام القضاء » (١) .

ولكن لما كانت الحقيقة القضائية التي يصل إليها القاضي في حكمه قد تختلف عن الحقيقة الواقعة ، لأن القاضي إنما يبني حكمه على ما يقدمه الخصوم من أدلة ، وقد يعجز المكلف بالإثبات عن إقامة الدليل على دعواه ، كما أن القاضي قد يخطئ في تقدير هذه الأدلة أو يكون متحيزا لأحد الخصوم ، لذلك خفف المشرع من حدة هذه القاعدة بوجود ضمانات للمتقاضين تتمثل في تعدد درجات التقاضي وفي رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون .

١٠٥ - حجة الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي :

يجب أن نفرق بين حجة الأمر المقضي *autorité de la chose jugée* ، وقوة الأمر المقضي *force de la chose jugée* . حجة الأمر المقضي تثبت للحكم ولو لم يكن نهائيا ، أي تثبت للحكم من وقت صدوره حتى ولو كان قابلا للطعن

فيه بطرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف ، فهي حجة مؤقتة تزول إذا ألغى الحكم نتيجة الطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف .

أما قوة الأمر المقضى فلا تثبت إلا للأحكام النهائية ، أى التى استنفدت طرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف . وعلى ذلك كل حكم حائز لقوة الأمر المقضى يكون حائزاً لحجية الأمر المقضى أيضاً ولكن العكس غير صحيح .

١٠٦ - نطاق حجية الأمر المقضى .

يحدد نطاق حجية الأمر المقضى بتحديد الأحكام التى تثبت لها هذه الحجية ، وتعين أجزاء الحكم التى تحوز هذه الحجية ، وأخيراً الأشخاص الذين يتمسك فى مواجهتهم بهذه الحجية .

١٠٧ - أولاً : الأحكام التى تحوز حجية الأمر المقضى :

يشترط فى الحكم الذى تثبت له حجية الأمر المقضى (١) أن يكون حكماً قضائياً ، (٢) صادراً من جهة ذات اختصاص ، (٣) وأن يكون حكماً فاصلاً فى النزاع ، أى قطعياً .

الشرط الأول : أن يكون الحكم قضائياً .

يجب أولاً أن يكون الحكم صادراً من جهة قضائية ، ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه الجهة من جهات القضاء العادى كالمحاكم المدنية والمحاكم الجنائية والمحاكم الإدارية ، أم جهة قضاء استثنائى كالمحاكم العسكرية .

أما القرارات التى تصدر من جهات غير قضائية فلا تعتبر أحكاماً بالمعنى المقصود هنا وبالتالى لا تجوز حجية الأمر المقضى حتى ولو تضمنت الفصل فى نزاع ، كقرار لجنة تقدير الضرائب وقرار مجلس تأديب المحامين وقرار الحفظ الذى تصدره النيابة العامة .

ولا يكفي أن يكون الحكم صادراً من جهة قضائية وإنما يجب أن يكون صادراً منها بموجب سلطتها القضائية . فإلى جانب الوظيفة الأساسية للمحكمة التي بموجبها تصدر أحكاماً ، فإن لها وظيفة أخرى هي الوظيفة الولائية التي بموجبها تصدر أوامر أو قرارات ولائية . والفرق بين الحكم والعمل الولائي أن الحكم يفصل في نزاع على حق في مواجهة طرفي الخصومة ، في حين أن العمل الولائي تصدره المحكمة في غير نزاع بموجب سلطتها الولائية ومن أمثلة الأوامر الولائية تصديق القاضي على محضر الصلح الذي يتم بين الخصوم ، وحكم قاضي البيوع برسوم زاد العقار الذي يباع بالمحكمة على مشترته ، والحكم بتعيين وصي أو قيم في غير خصومه ، فهذه كلها تصدرها المحكمة بموجب سلطتها الولائية ولذلك لا يجوز حجية الأمر المقضي .

الشرط الثاني : يجب أن يكون الحكم صادراً من جهة ذات اختصاص . يجب — لكي يجوز الحكم حجية الأمر المقضي — أن تكون المحكمة التي أصدرته مختصة اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة ، أي أن يكون لها ولاية القضاء في موضوعه . وعلى ذلك إذا صدر حكم من محكمة مدنية في مسألة تدخل في ولاية القضاء الإداري فإن هذا الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي ، وبالتالي يجوز أن يثار بشأنه نزاع جديد أمام المحكمة صاحبة الولاية . وكذلك الحال إذا صدر حكم في مسألة مدنية من محكمة جنائية أو العكس . إلا أنه يلاحظ أنه إذا كان الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي أمام المحكمة المختصة ، فإنه يجوز هذه الحجة أمام محاكم الجهة التي أصدرته . وعلى ذلك إذا صدر حكم من محكمة مدنية في مسألة تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية . فإن هذا الحكم لا تكون له حجية أمام المحاكم الإدارية ، ولكنه يجوز هذه الحجة أمام المحاكم المدنية .

ومتي كانت المحكمة التي أصدرت الحكم ذات ولاية بالنسبة لموضوعه ، فإن الحكم يجوز الحجة حتى ولو كانت المحكمة غير مختصة اختصاصاً نوعياً

أو محليا . فالحكم الذى يصدر من محكمة جزئية فى مسألة تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية يجوز جمعية الأمر المقضى زعم مخالفة قواعد الاختصاص النوعى ، والحكم الذى يصدر من محكمة القاهرة فى مسألة من اختصاص محكمة الإسكندرية يجوز الحجية رغم مخالفة قواعد الاختصاص المحلى .
ويلاحظ أن الحكم يجوز حجية الأمر المقضى ولو كان معيبا بعبث يؤدي إلى بطلانه ، لأن السبيل إلى إصلاح عيوب الحكم هو الطعن فيه بالطرق القانونية المقررة لذلك .

الشرط الثالث : أن يكون الحكم قطعيا .

يشترط كذلك فى الحكم الذى يجوز حجية الأمر المقضى أن يكون قطعيا ، والحكم القطعى هو الذى يحسم النزاع فى موضوع الدعوى كليا أو جزئيا ، أو يفصل فى دفع من الدفوع الشكلية أو الموضوعية ، كالحكم للمدعى بطلانه أو بجزء منها أو الحكم بعدم الاختصاص .
أما الأحكام التى لا تنهى الخصومة كلها أو بعضها فلا تحوز الحجية ، ومن ذلك الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع كالأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية والأحكام الوقفية ، والأحكام التمهيدية .
والأحكام التحضيرية هى الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى موضوع الدعوى دون أن تبين رأى المحكمة فى النزاع كالحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النزاع أو بإحالة الدعوى إلى التحقيق .

والأحكام التمهيدية أحكام تسبق الفصل فى الموضوع أيضا ولكنها تبين رأى المحكمة فى موضوع النزاع ؛ كالحكم بتعيين خبير لتقدير قيمة الضرر الذى أصاب المدعى ، إذ يدل هذا على أن المحكمة ستحكم له بالتعويض .

والأحكام الوقفية هى التى تصدر فى طلبات وقفية دون أن تمس موضوع النزاع ، كالحكم بتعيين حارس قضائى على عين متنازع عليها حتى يفصل فى النزاع ، والحكم بتقدير نفقة وقفية للصاب حتى يفصل فى دعوى التعويض ، ويعتبر من هذا النوع كل الأحكام التى تصدر من قاضى الأمور المستعجلة .

